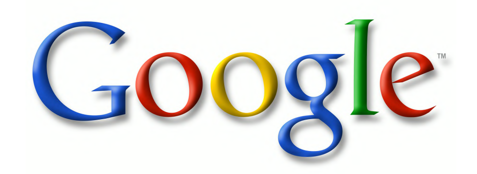
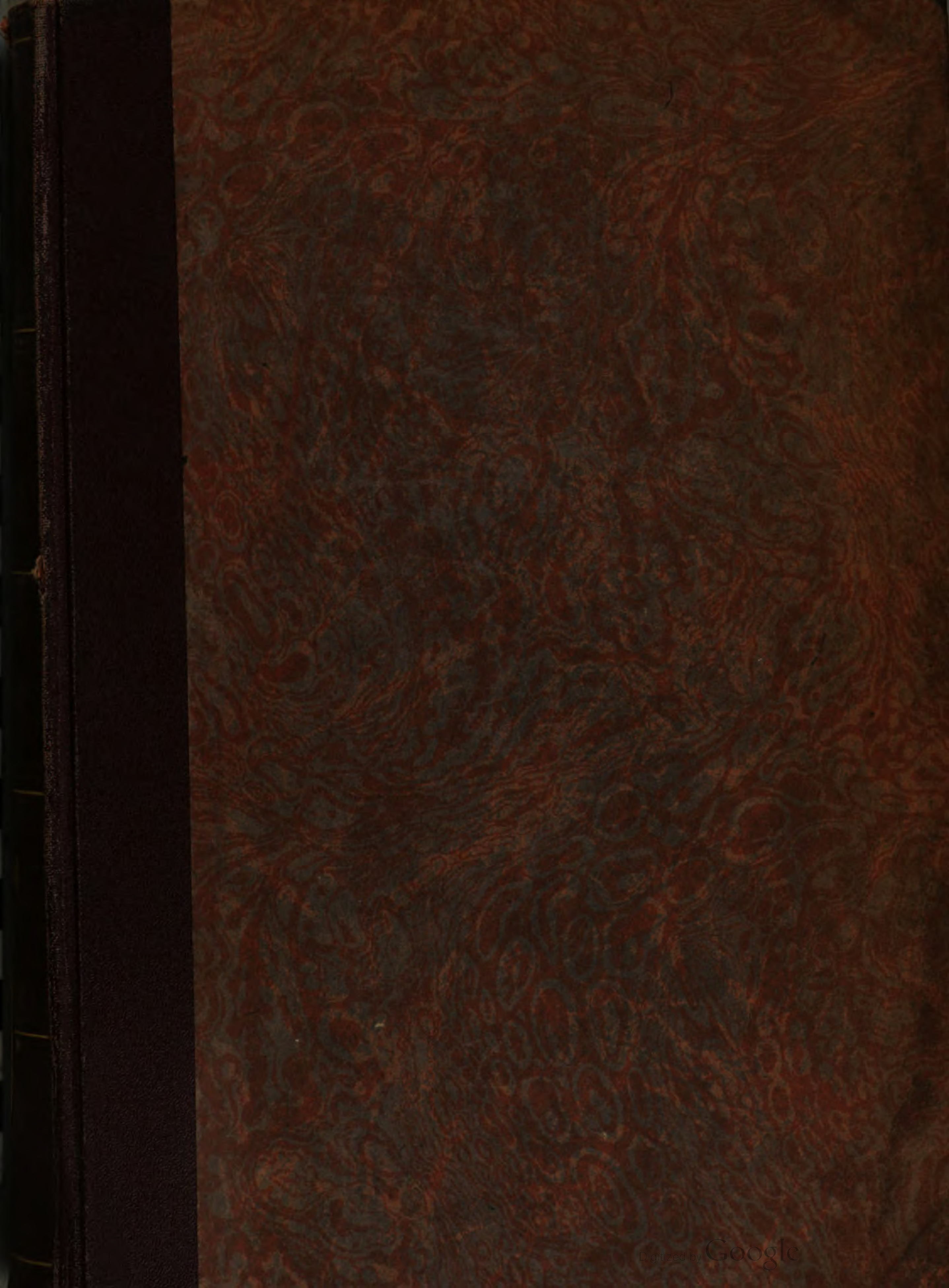
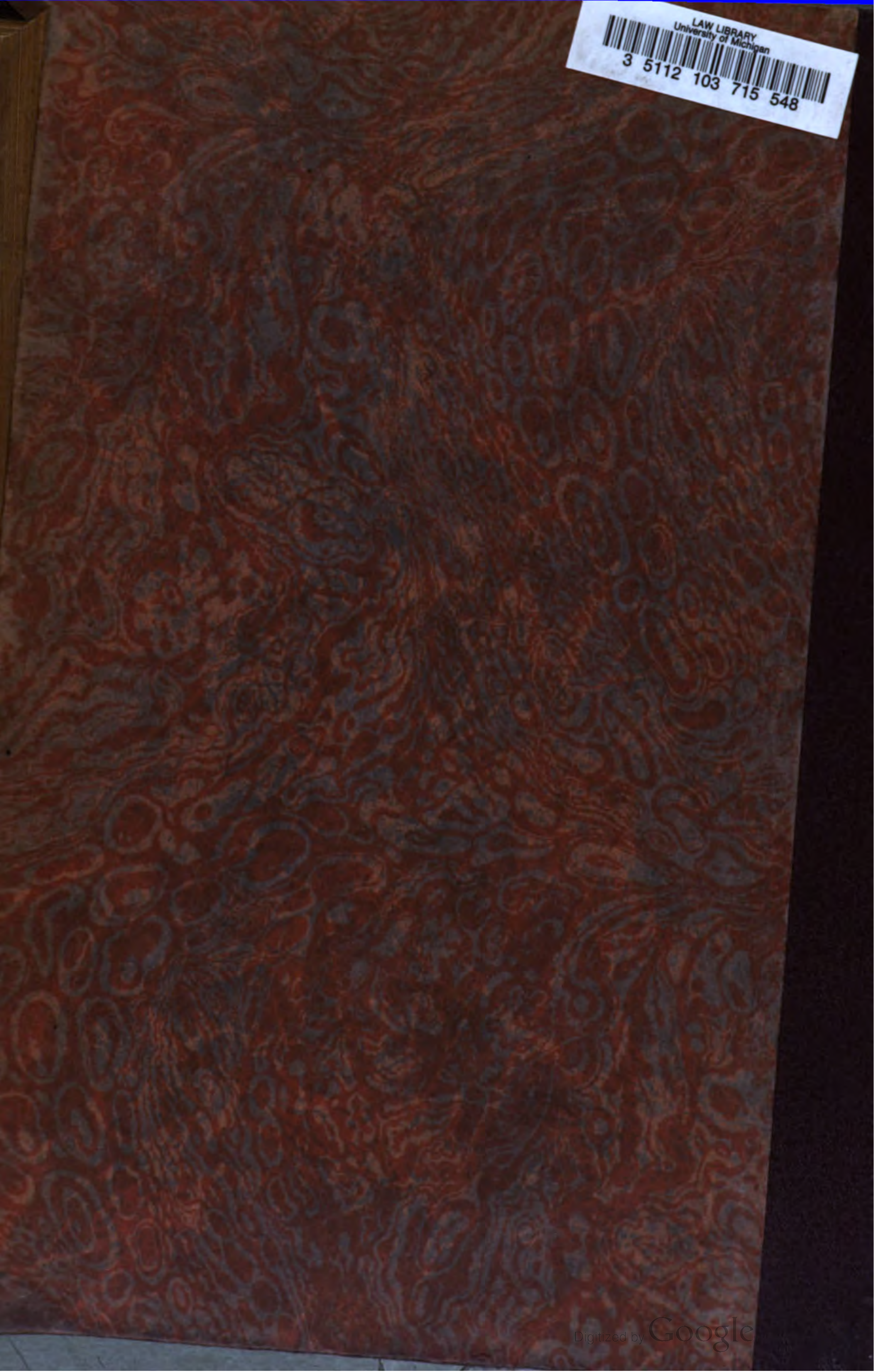
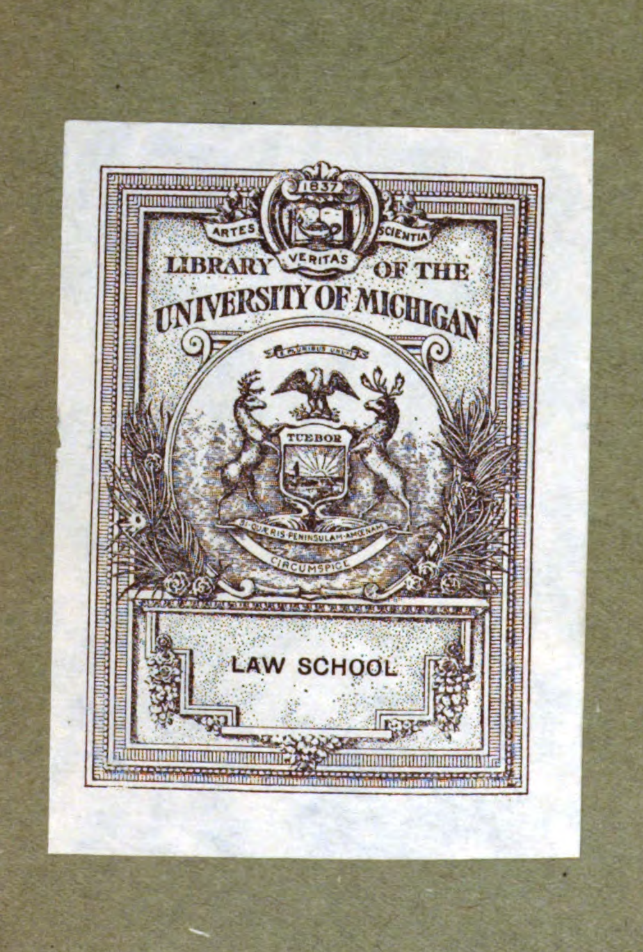
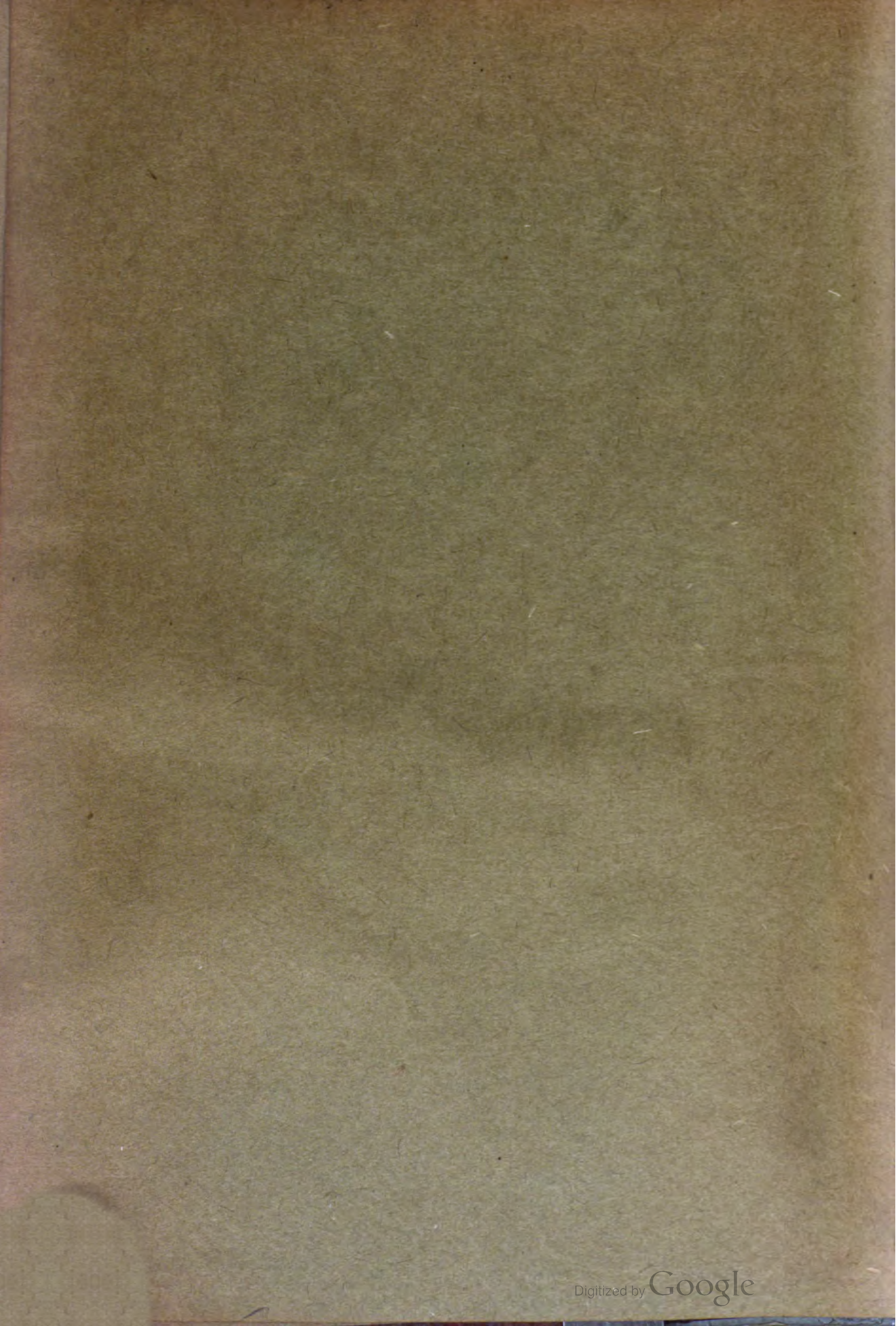





LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 715 548


LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 715 548
Digitized by Google


1837
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY
OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE
LAW SCHOOL



J. A. Seufferts

Archiv

für

Entscheidungen der obersten Gerichte

in den deutschen Staaten

Dritte Folge sechzehnter Band

Der ganzen Reihe einundsiebzigster Band

Herausgegeben

von

H. F. Schütt.

München und Berlin

Druck und Verlag von R. Oldenbourg.

1916.

Anhang.

Verzeichnis der Entscheidungen, die sowohl in den „Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen" als in Seufferts Archiv veröffentlicht sind.

29. Fortsetzung zum Anhang in Bd. 42; vgl. Gen.-Verz. Bd. 58.

Entsch. des RG.		Seufferts Archiv	
Nr.	Seite	Bd.	Nr.
Bd. 86.			
15	66	71	43
52	218	„	15
68	286	„	208
80	326	„	105
81	331	„	122
82	334	„	185
100	404	„	147
Bd. 87.			
3^a	7	70	170
7	33	71	170
10	52	„	128
16	80	„	139
20	95	„	213
43	191	„	182
52	232	„	190
55	244	„	214
66	284	„	179
72	306	„	63
75	328	„	232
97	420	„	246
98	424	„	91

I. Bürgerliches Recht.

1. Auch das künstlich verengerte Bett eines öffentlichen Flusses wächst gemeinrechtlich dem angrenzenden Grundstücke zu.

Vgl. 70 Nr. 2 m. N.

EinfG. z. BGB. Art. 65.

——— Der gemeinrechtliche Rechtssatz, daß das vom Wasser (nicht nur vorübergehend) verlassene Bett eines öffentlichen Flusses den Eigentümern der angrenzenden Ufergrundstücke als Eigentum zufällt, bezieht sich nicht nur auf den Fall, wo der Fluß das Bett in seiner ganzen Breite verlassen, sondern auch auf den Fall, wo sich das Flußbett dadurch, daß das Wasser vom Ufer (dauernd) zurückgewichen ist, nur verengert hat; auch macht es keinen Unterschied, ob der rechterzeugende Vorgang von selbst, d. h. unabhängig von Menschenwerk, eingetreten, oder ob er künstlich herbeigeführt oder gefördert ist;

vgl. die Urteile des OLG. Braunschweig und des OLG. Celle in SeuffA. 35 Nr. 186 und 70 Nr. 2; ferner Hesse in Jherings Jahrb. 7, 199/200 und v. Wächter Pand. 1 § 60 Beil. II A III S. 279/280.

Wenn das frühere Obertribunal in Stuttgart seinen in letzterer Beziehung abweichenden Standpunkt im Urteile v. 14. Mai 1859 (in SeuffA. 13 Nr. 208) mit der Ausführung begründet: wenn der Fluß sein Bett nicht von selbst, sondern infolge künstlicher Anlegung eines neuen Betts verlassen habe, komme der römisch-rechtliche Grundsatz nicht zur Anwendung, es seien vielmehr die Grundsätze des deutschen Rechts anzuwenden, wonach Grund und Boden des öffentlichen Flusses im Eigentum des Staates sich befinde und diesem auch nach erfolgter Trockenlegung verbleibe, so ist das um so weniger überzeugend, als ein Eigentum des Staates am Bett des öffentlichen Flusses auch für das deutsche Recht nicht anzuerkennen ist (vgl. RG. in SeuffA. 47 Nr. 180; Stobbe D. Privatr.[31] § 64 unter III). ———

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 19. Juni 1915 in der preuß. Sache A. u. Gen. (Kl.) w. Brem. Staat (OLG. Hamburg). V. 484/14. H.

---

2. Rohrnetz einer Gasanstalt, ob Bestandteil des Anstaltsgrundstücks?

Vgl. 64 Nr. 30.

BGB. §§ 93. 94.

Durch Vertrag v. 14. März 1912 erwarb die Klägerin von der Akt.-Gesellschaft für Gas und Elektrizität in Köln zwei Gaswerke in Döhlen und Crumbach für 1400000 ℳ. Mitverkauft waren die an die Gaswerke angeschlossenen

Rohrnetze, die sich in einer Länge von 51 und 23 km auf andre Grundstücke erstreckten. Vom Kaufpreis entfielen auf diese Rohrnetze 247000 ℳ. Bei Berechnung des Reichsstempels gemäß Tarifnummer 11 a RStempG. v. 15. Juli 1909 waren die 247000 ℳ zunächst außer Betracht gelassen; auf Verlangen der Steuerbehörde mußte die Klägerin jedoch am 17. Juli 1913 dafür 1647 ℳ nachzahlen. Mit der Klage forderte sie diesen Betrag nebst 4% Prozeßzinsen zurück. Das Landgericht wies die Klage ab; in 2. Instanz wurde nach dem Klagantrage erkannt. Hiergegen legte der Beklagte Revision ein mit dem Antrage, unter Aufhebung des Berufungsurteils nach seinem Ber.-Antrage zu erkennen. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Zur Anwendbarkeit der Tarifnummer 11a RStempG. ist erforderlich, daß die Rohrnetze bei Vornahme des stempelpflichtigen Aktes Grundstückseigenschaft hatten. Diese Voraussetzung war gegeben, wenn sie Bestandteile des Gaswerkgrundstücks waren. Es kam nicht, wie der Ber.-Richter irrtümlich annimmt, darauf an, daß sie wesentliche Bestandteile (§§ 93. 94 BGB.) waren; auch nicht wesentliche Bestandteile eines Grundstücks haben Grundstückseigenschaft und sind nicht etwa als bewegliche Sachen anzusehen. Ohne Rechtsirrtum hat der Ber.-Richter aber angenommen, daß die Rohrnetze der Gaswerke in Döhlen und Crumbach überhaupt nicht Bestandteile der Gaswerksgrundstücke waren. Er geht zutreffend davon aus, daß die Bestandteilseigenschaft die Vereinigung aller Bestandteile zu einer Einheit, bei Grundstücken also zu einem einheitlichen Grundstück erfordert, und daß eine solche Einheit bei einer Vereinigung von beweglichen und unbeweglichen Sachen nur durch eine mechanische Verbindung zustandekommen kann. Die hier vorliegende Verbindung der Rohrnetze mit den Grundstücken würde nach Ansicht des Ber.-Richters der Annahme einer körperlichen Einheit der verbundenen Sachen nicht entgegenstehen; anderseits sei diese Verbindung aber auch nicht so fest, daß mit Notwendigkeit eine körperliche Einheit angenommen werden müßte (vgl. § 94 BGB.).

Die Revision macht geltend, daß das Rohrnetz einer Gasanstalt im Erdreich in eine feste dauerhafte Verbindung gebracht werden müsse und daß der aufliegende Erdboden eine Lösung meist erst nach umständlichen Aufgrabungen durch zahlreiche Arbeiter zulasse. Allein der Ber.-Richter hat die Besonderheiten der Rohrnetze bei Gaswerken keineswegs übersehen. Er erkennt ausdrücklich an, daß die Verbindung der Rohre untereinander und mit dem Gaswerk eine gewisse Festigkeit haben müsse, weist dann aber darauf hin, daß das Auswechseln von Rohren und die Herstellung neuer Anschlüsse bei einem größeren Gaswerke zu den häufig vorkommenden Dingen gehörten, und daß deshalb die Verbindung in einer Weise eingerichtet werde, die derartigen Maßnahmen keine besonderen Schwierigkeiten bereite. Der Ber.-Richter erwägt weiter, daß, wenn auch aus der Art der Verbindung zwischen Grundstück und Rohrnetz Bedenken gegen die Annahme einer körperlichen Einheit nicht herzu-

leiten seien, die Rohrnetze doch eine Ausdehnung hätten, daß sie vom Standpunkt der Verkehrsauffassung trotz der Verbindung als selbständige bewegliche Sachen angesehen werden müßten. Mit der natürlichen Anschauung sei es unvereinbar, Rohrnetze von 23 und 51 km Länge als Bestandteile eines einzigen unter den Hunderten von Grundstücken, mit denen sie in Verbindung ständen, aufzufassen.

Der Ber.-Richter hält es hiernach nicht für ausgeschlossen, daß unter Umständen das Rohrnetz eines Gaswerks Bestandteil des Gaswerksgrundstücks sein kann; er verneint aber, daß nach den Umständen des vorliegenden Falles und bei Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Rohrnetze ihre Selbstständigkeit verloren hätten. Mit dieser Beurteilung folgt der Ber.-Richter den Grundsätzen, wie sie in dem Urteil des Reichsgerichts Entsch. 83, 67 ausgesprochen sind, und es ist nicht zuzugeben, daß die maßgebenden Gesichtspunkte in irgendeiner Beziehung verkannt worden wären. Durch die getroffenen Feststellungen, die auch ausreichend begründet worden sind, wird die Entscheidung getragen und es kann nicht darauf ankommen, ob etwa einzelne nebensächliche Ausführungen Anlaß zu einer Beanstandung geben könnten. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 5. März 1915 in der sächs. Sache Sächs. Fiskus (Bkl.) w. Thür. Gasges. (OLG. Dresden). VII. 17/15.

---

3. Inhalt des durch Offenbarungseid zu bekräftigenden Verzeichnisses.

Vgl. 58 Nr. 104 m. N.

BGB. § 260; ZPO. § 807.

Das im § 260 BGB. vorgeschriebene Verzeichnis muß zwar schriftlich abgefaßt sein, es kann aber auch auf „nichts" lauten, wie dies in dem nahe verwandten Offenbarungsverfahren nach § 807 ZPO. öfter vorzukommen pflegt (OLGRspr. 28, 95; Recht 1913 Nr. 1428). Dem genügt der vorliegende Brief des Schuldners. Ob dessen Inhalt der Wahrheit entspricht, soll aber der Offenbarungseid an das Licht bringen. Das Gericht ist bei dessen Abnahme nach § 260 Abs. 2 BGB. in der Lage, mittels entsprechender Änderung der Eidesnorm jede glaubhaft im Besitze des Schuldners befindliche Art von Schriftstücken 2c. derart zu bezeichnen, daß der Schuldner im Fall des Verschweigens der Meineidsstrafe nicht entgeht, zumal wenn die Erörterung zweifelhafter Punkte im Eidestermin als Teil der Eidesbelehrung entsprechend gepflogen wird. Der Fall in RGEntsch. 84, 41 lag anders. Ob die Gläubigerin nach § 809 BGB. rechtliche Handhaben zur Einsicht solcher Urkunden besitzt, bezüglich deren die Herausgabepflicht erst nach Kenntnis des Inhalts richterlich beurteilt werden kann, ist im gegenwärtigen Verzeichnisverfahren nicht zu erörtern.

Beschluß des OLG. München (1. Sen.) v. 16. Juni 1915 i. S. B w. Fr. Beschw.-R. 316/15. P.

---

4. Einfluß des gegenwärtigen Krieges auf einen Vertrag deutscher Firmen, durch den sie sich englischen Gerichten und englischem Recht unterwerfen.

BGB. §§ 275. 157; ZPO. § 245.

Laut Schlußscheins v. 9. März 1914 hatte die Beklagte von der Klägerin 100 Tonnen chinesischen Rübsamen gekauft, Abladung Tientsin, zahlbar in Havre bei Ankunft des Schiffes dort gegen Verladungs- und Versicherungsurkunden. Die Klägerin behauptete, das Schiff mit der Ware sei am 2. Sept. 1914 in Havre eingetroffen und die erwähnten Urkunden seien der Beklagten vorgelegt worden, die aber die Aufnahme verweigert habe. Sie klagte auf Zahlung von 20978 *M* nebst Zinsen. Die Beklagte erhob, gestützt auf die Bestimmungen des Schlußscheins, die Einreden, daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter zu erfolgen habe, und daß das angegangene Hamburger Gericht unzuständig sei. — Die Einreden wurden in allen Instanzen verworfen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Durch den Vertrag v. 9. März 1914 haben die Parteien, zwei hamburgische Firmen, alle aus diesem Vertrag entstehenden Rechtsstreitigkeiten der Entscheidung durch Londoner Schiedsgerichte unterworfen und auch die ausschließliche Zuständigkeit der englischen Staatsgerichte sowie die Anwendung des englischen Rechts vereinbart. Auf diese Vertragsbestimmung gründen sich die prozeßhindernden Einreden aus § 274.[1, 3] ZPO., die die Beklagte der bei dem Landgericht in Hamburg erhobenen Klage entgegengesetzt hat.

Das Landgericht hatte angenommen, daß nach dem, wenngleich nicht ausdrücklich ausgesprochenen, Vertragswillen jene Vereinbarung nicht auch im Fall eines Krieges zwischen Deutschland und England Geltung behalten sollte. Das Ber.-Gericht meint, in solcher Allgemeinheit das nicht feststellen zu können. Es nimmt aber an, daß infolge des Kriegsausbruchs und der dadurch zwischen beiden Ländern eingetretenen Verhältnisse die Anrufung des Londoner Schiedsgerichts und der englischen Staatsgerichte ‚nicht mehr in der von den Parteien vorgesehenen Weise ausgeführt werden kann'. Das wird näher dargelegt, und angesichts dieser Umstände kommt das Ber.-Gericht in Anwendung der §§ 133. 157 BGB. zu dem Ergebnisse, daß im Sinne des Vertrages jene Vereinbarung als außer Kraft getreten und die ordentlichen deutschen Gerichte als zuständig geworden anzusehen seien. Auch das Ber.-Gericht gründet demnach die Entscheidung auf die Vertragsauslegung und die auf dieser beruhende Feststellung des kundgegebenen wirklichen Willens der Vertragschließenden. Der Unterschied ist lediglich der, daß das Landgericht die erwähnte Klausel als für den Kriegsfall überhaupt nicht gewollt ansieht, das Ber.-Gericht aber sie nur für den Fall als nicht gewollt ansieht, daß infolge des Kriegs die Vereinbarung nicht in der vorgesehenen Weise durchführbar bleibe. Die Vertragsauslegung des Ber.-Gerichts enthält demnach nur eine gewisse Einschränkung derjenigen

des Landgerichts. Zu rechtlichen Bedenken gibt die Auslegung des Ber.-Gerichts keinen Anlaß.

Die Revision meint, die §§ 133. 157 BGB. seien durch ihre Anwendung verletzt, da vertraggemäß nicht deutsches, sondern englisches Recht maßgebend sei. Dieser Angriff muß schon daran scheitern, daß weder behauptet noch anzunehmen ist, daß dem englischen Privatrecht die Grundsätze, die das deutsche BGB. in §§ 133. 157 ausgesprochen hat, fremd seien. Ist aber von der Übereinstimmung beider Rechte in diesen Grundsätzen auszugehen, so ergibt sich von selbst, daß auch bei Anwendung des englischen Rechts das Ber.-Gericht zu einer andern Vertragsauslegung nicht gelangt sein würde. Indes kommt es hierauf überhaupt nicht an. Die Vereinbarung, daß englisches Recht maßgebend sein solle, steht in untrennbarem Zusammenhange mit der Vereinbarung, daß Streitigkeiten vor englische Schieds- und vor englische Staatsgerichte zu bringen seien. Die Klausel bildet in allen diesen Teilen ein einheitliches Ganzes. Ist sie infolge der durch den Krieg herbeigeführten Umstände hinfällig geworden, so ist sie es in ihrem ganzen Umfange. Wird aber darüber gestritten, ob das der Fall ist, also auch, ob das englische Recht maßgebend geblieben ist oder nicht, so kann für diese Grundfrage selbst nicht auch schon das englische Recht von dem deutschen Richter als maßgebend behandelt werden; das würde die Vorwegnahme dessen, was erst noch zu entscheiden ist, in sich schließen. Mit Recht hat darum das Ber.-Gericht jene Grundfrage nach heimischem Rechte beurteilt und deshalb bei der für sie in Betracht kommenden Vertragsauslegung die §§ 133. 157 BGB. angewendet, von deren Verletzung durch diese Anwendung somit nicht die Rede sein kann.

In der Ber.-Instanz war der ‚internationale Charakter‘ der Verträge vorliegender Art geltend gemacht worden, der sich auch hier darin kundtue, daß die schwimmende Ware von der Beklagten an eine belgische Firma weiterverkauft worden sei. Die Revision meint, diese Eigenart des Vertrages sei vom Ber.-Gericht außer Acht gelassen worden; gerade weil der Handel mit Ölsaat sich in Gestalt eines ‚Kettenvertrages‘ vollziehe, wobei sich Vertragschließende verschiedener Länder aneinanderreihten, sei es nötig geworden, für alle nacheinander Beteiligten dieselbe entscheidende Stelle zu schaffen und dasselbe Recht für maßgebend zu erklären. Unbeachtet hat das Ber.-Gericht jenes Vorbringen nicht gelassen; sachlich ist aber nicht anzuerkennen, daß durch die behauptete Eigenart des Geschäfts die Vertragsauslegung des Ber.-Gerichts zwingend ausgeschlossen werde. Die Rücksicht auf eine Weiterveräußerung durch die Beklagte an eine ausländische Firma und auf etwa zu erwarten gewesene fernere Weiterveräußerungen reicht nicht aus, es als unmöglich erscheinen zu lassen, daß die Parteien ihr Verhältnis zu einander für den Kriegsfall so hätten regeln wollen, wie es nach der Feststellung des Ber.-Gerichts der Sinn des Vertrages ist. Daß übrigens hiermit die Auffassung gerade auch in hamburgischen Handelskreisen, denen Wesen und Be-

deutung derartiger Ölsaatgeschäfte sicherlich nicht fremd sind, übereinstimmt, läßt sich dem Umstand entnehmen, daß in 1. Instanz eine Kammer für Handelssachen erkannt hat, die in der den Einreden entgegenstehenden Vertragsauslegung, wie bereits erwähnt, sogar noch weiter gegangen ist als das Ver.-Gericht.

In § 245 ZPO. ist bestimmt, daß, wenn infolge eines Krieges die Tätigkeit des Gerichts aufhört, das Verfahren für die Dauer dieses Zustandes unterbrochen wird. Diese Vorschrift, auf die die Revision hingewiesen hat, regelt die von Gesetzes wegen eintretende Unterbrechung eines bei einem deutschen Gericht anhängigen Verfahrens. Gegen die Vertragsauslegung des Ver.-Gerichts ist ihr irgendein rechtliches Bedenken schlechterdings nicht zu entnehmen, sie hat mit der Frage der Vertragsauslegung keine Berührung. Daß der Krieg einmal ein Ende nehmen wird, hat das Ver.-Gericht selbstverständlich nicht übersehen.

Die Annahme endlich, daß für die Dauer des Krieges das englische Schiedsgericht sowenig wie ein englisches Staatsgericht zur Verhandlung und Entscheidung eines zwischen zwei deutschen in Hamburg ansässigen Firmen entstandenen Streits bereit zu finden sein würde, liegt auf dem der Nachprüfung nicht zugänglichen Gebiete des Tatsächlichen, aber auch soweit das nicht der Fall sein sollte, ist dieser Annahme unbedenklich zuzustimmen. Der Fall, für den nach dem festgestellten Sinn des Vertrages die erwähnte Klausel ihre Geltung verliert, ist sonach eingetreten.

Durch die hiernach das Gesetz nirgends verletzenden Feststellungen des Ver.-Gerichts ist beiden prozeßhindernden Einreden der Boden entzogen, weshalb der Revision der Erfolg versagt werden mußte."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 29. Juni 1915 in der Hamb. Sache R. (Bkl.) w. T. (OLG. Hamburg). VII. 112/15. B.

---

5. Die Übernahme einer Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis gilt in der Regel als Befreiung des bisherigen Schuldners.

Vgl. 62 Nr. 178 m. N.; 63 Nr. 219.

BGB. § 416.

Der Kläger und seine Ehefrau verkauften durch Vertrag v. 12. März 1900 ihre Besitzung in G. an die verklagten Eheleute. Von dem Kaufpreise, der 54000 ℳ betrug, wurde der Teilbetrag von 22000 ℳ nebst 4% Zinsen als Restkaufgeldhypothek eingetragen. Die Beklagten verkauften die Besitzung durch Vertrag v. 14. Sept. 1903 wieder weiter an die Eheleute W. und diese verkauften sie später an die Eheleute K. In beiden Fällen wurde von den Käufern die Restkaufgeldhypothek von 22000 ℳ in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. Der Kläger beanspruchte nun von dem Restkaufgelde Zahlung eines unstreitig fälligen Teilbetrages von 6000 ℳ nebst Zinsen, unter der Behauptung, daß die Beklagten für das Kaufgeld als per-

sönliche Schuldner hafteten. Die Beklagten wandten ein, ihre Haftung sei dadurch erloschen, daß der Kläger die Schuldübernahme durch die Eheleute W. genehmigt habe. — Beide Vorinstanzen erachteten den Einwand für unbegründet, das Reichsgericht wies dagegen die Klage ab. Aus den Gründen:

„Eine Schuld kann in der Weise von einem Dritten übernommen werden, daß dieser an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Wird eine solche Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Dritten und dem Schuldner vereinbart, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Gläubigers ab (§ 415 BGB.). Im vorliegenden Falle ist, wie das Ber.-Gericht feststellt, der Kläger bei Abschluß des die Schuldübernahme enthaltenden Kaufvertrags v. 14. Sept. 1903 zugegen gewesen, er hat den gesamten Inhalt des Vertrags gekannt und sich mit ihm einverstanden erklärt, mithin ihn genehmigt. Daß die Genehmigung sogleich beim Vertragsabschlusse erfolgen konnte, unterliegt keinem Bedenken (RGEntsch. 60, 415).

Das Ber.-Gericht erachtet die persönliche Haftung der Beklagten deshalb für nicht erloschen, weil es den Nachweis vermißt, daß die Schuldübernahme als eine solche mit befreiender Wirkung gewollt, oder daß es der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Wille des Klägers gewesen sei, die Beklagten aus der persönlichen Haftung zu entlassen. Allein eines solchen besonderen Nachweises bedurfte es nicht. Übernimmt der Käufer eines Grundstücks eine Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld, so gilt entsprechend der Verkehrsauffassung als Regel, daß der Übernehmer nicht neben dem bisherigen Schuldner (kumulative Schuldübernahme), sondern daß er an dessen Stelle (privative Schuldübernahme) haften soll. In diesem Sinne hat sich das Reichsgericht bereits wiederholt ausgesprochen,

Entsch. 56, 200 (in SeuffA. 59 Nr. 250); 75, 339; JW. 1911, 644,

und hieran ist festzuhalten. Daß bei Übernahme der Hypothek durch die Eheleute W. der Vertragswille ein andrer gewesen sei, dafür bietet der festgestellte Sachverhalt und insbesondere auch der Inhalt des Kaufvertrags keinen Anhalt. Unerheblich ist auch, ob der Kläger, wie er behauptet, die Beklagten aus der persönlichen Haftung nicht hat entlassen wollen. Die befreiende Wirkung der Schuldübernahme ergab sich als gesetzliche Folge aus der Genehmigung des Vertrags. Daß der Kläger die Genehmigung nur unter Vorbehalt erteilt habe, wird von ihm selbst nicht behauptet, und das Gegenteil ergibt sich aus der getroffenen Feststellung, wonach der Kläger sich mit dem gesamten Inhalt des Vertrages und also mit dem Vertrage so, wie er abgeschlossen war, einverstanden erklärt hat. Die Beklagten waren in dem Umfange, wie es das Ber.-Gericht annimmt, nicht beweispflichtig, sie hatten nicht mehr darzutun als die Schuldübernahme und deren Genehmigung durch den Kläger."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 17. Mai 1915 in der preuß. Sache Ehel. M. (Bkl.) w. H. (OLG. Frankfurt a. M.) V. 79/15.

———————

6. Einfluß der Festsetzung einer Polizeistunde auf die Miete einer Schankwirtschaft?

BGB. § 537.

Der Beklagte hatte im Hause des Klägers Räume gemietet, in denen er eine Schankwirtschaft (Casino Bar) betrieb. Für die Erlaubnis, dort musizieren zu dürfen, zahlte er außer dem Mietpreise noch 600 ℳ jährlich. — Im übrigen aus den Gründen des Ber.-Urteils, das ihn zur Zahlung der Miete verurteilte:

„——— Schließlich hat der Beklagte noch den Einwand erhoben: er habe die Räume als Casino Bar gemietet, durch die Militärbehörde sei aber eine Polizeistunde, zuerst bis 10 Uhr, später bis 11 Uhr eingeführt worden, dadurch sei ihm die Benutzung des Lokals unmöglich gemacht.

Dieser Einwand könnte unter zwei Gesichtspunkten in Betracht kommen: einmal unter dem Gesichtspunkte eines Sachmangels (§ 537 BGB.). Indes Lehre und Rechtsprechung sind darüber einig, daß derartige Anordnungen der Staatsgewalt, insbesondere der Polizei, keinen Sachmangel im Sinne des § 537 BGB. darstellen;

Mittelstein Miete § 31 Nr. 2 S. 209; Oertmann Schuldverh. Anm. 7 zu § 537 und vor § 535; Tumpowski Mängelanspr. des Mieters 38; Berndt Miete und Polizei 32—33; Komm. von RGRäten Anm. zu § 537; Recht 1907 Nr. 1066, OLG. Hamburg; OLGRspr. 16, 418, OLG. Dresden; RG. 10. Dez. 1907, BadRpr. 1908, 84.

Denn wenn auch öffentlich-rechtliche Verbote oder Anordnungen an sich einen Sachmangel begründen können, so fehlt es doch hier an der notwendigen Beziehung zur Sache und dem Kausalzusammenhang (JW. 1913, 596[10]).

Es könnte darnach nur in Frage kommen Unmöglichkeit der Leistung; indes von einer solchen, auch nur teilweisen Unmöglichkeit der Leistung kann nicht die Rede sein. Beklagter kann das Lokal sehr wohl benutzen, er ist nur vorübergehend während gewisser Nachtstunden in der Benutzung beschränkt. Allerdings hat das OLG. Dresden (OLGRspr. 16, 418) gelegentlich ausgeführt, die Annahme möge sich rechtfertigen lassen, daß beim Mieten eines Nachtlokals die Möglichkeit, in den Nachtstunden dem Besuch offenzustehen, als stillschweigende Bedingung vereinbart sei; und es hat angenommen, daß diese Bedingung vielleicht fortfalle, wenn schon um 11 Uhr abends — nicht erst um beispielsweise 2 Uhr nachts — geschlossen werden müsse. Indes vorausgesetzt ist dabei immer, daß die Vermietung des Lokals als Nachtlokal zum Vertragsinhalt gemacht worden ist, dergestalt, daß der Vermieter für diese Art der Benutzung einzustehen gewillt ist. An diesem Nachweise aber fehlt es hier. An sich wird man sagen müssen, daß derartige Nachtlokale sehr leicht polizeilichen Beschränkungen unterworfen werden, so daß jeder Mieter von vornherein damit rechnen muß. Dabei ist zu beachten, daß die Kenntnis des Vermieters von einer Absicht derartiger Benutzung seitens des Mieters nicht genügt. „Eine Zusicherung, für die Benutzbarkeit schlechthin," sagt das Reichsgericht

(JW. 1913, 596[10]), „auch in Rücksicht auf alle Polizeiverbote einzustehen, kann unter Umständen in dem beiden Teilen bekannten Verwendungszweck der Sache dann gefunden werden, wenn dieser Zweck in den Vertragsinhalt aufgenommen ist" (vgl. für den Kauf JW. 1910, 748[5]). Gerade bei der Miete aber wird die Bezeichnung des Verwendungszwecks der Mieträume in dem Vertrage, da sie regelmäßig zu erfolgen pflegt, im allgemeinen nicht genügen, um eine insbesondere über das Maß des § 537 BGB. hinausgehende Zusicherung zu begründen. Im vorliegenden Falle ist im Mietvertrage von dem Verwendungszweck mit keiner Silbe die Rede. Der Beklagte weist in dieser Beziehung auf die Höhe der Miete hin; indes abgesehen davon, daß die Miete im Verhältnis zu den Mietpreisen für andre Grundstücke in der dortigen Gegend keineswegs besonders hoch ist, läßt sich hieraus ein sicherer Schluß auf den Verwendungszweck nicht ziehen. — — — Zwischen den Parteien ist nie bei den Vertragsverhandlungen davon gesprochen worden. Der Beklagte stützt sich weiter darauf, daß er in dem Vertrag ausdrücklich als Inhaber der Casino Bar aufgeführt sei. Dies würde jedoch allenfalls dazu genügen, um in dem Vermieter die Kenntnis zu vermitteln, daß der Beklagte die Casino Bar betreibe. Dies genügt aber nicht; daß der Betrieb einer Casino Bar damit zum Inhalt des Vertrages gemacht sei und die Klägerin irgendeine Haftung für die Dauer der Offenhaltung des Lokals habe übernehmen wollen, läßt sich daraus nicht herleiten. Und wenn schließlich der Beklagte geltend macht, er habe mit dem Kläger einen besonderen Vertrag geschlossen, wonach er sich verpflichtet habe, für die Erlaubnis, nächtlich in dem Lokale musizieren zu dürfen, jährlich 600 M zu zahlen, so übersieht er, daß von nächtlichem Musizieren in dem Vertrage nicht die Rede ist. Die Extraentschädigung wird allgemein gewährt für die Erlaubnis, daß der Beklagte in seinem Lokal musizieren darf. Daraus kann unmöglich gefolgert werden, daß das Lokal als Nachtlokal vermietet worden sei und daß Kläger dafür habe einstehen wollen, daß der Beklagte das Lokal die Nacht hindurch offenhalten dürfe. Alle diese Umstände, weder einzeln noch alle zusammengenommen, reichen nicht aus, um den dem Beklagten obliegenden Beweis, der Betrieb eines Nachtlokals sei zum Vertragsinhalt gemacht worden, für geführt erachten zu können."

Urteil des OLG. zu Königsberg (2. Sen.) v. 6. Juli 1915 i. S. E. w. W.
3 U. 45/15. Th.

---

7. Voraussetzungen einer Kündigung der Wohnungsmiete wegen Beleidigung des Mieters durch den Vermieter oder dessen Angehörige.

BGB. § 542.

Ernstliche Belästigungen des Mieters durch Beleidigungen können sich als Nichtgewährung des vertragmäßigen Gebrauchs der Mietwohnung darstellen;

Frankf. Rundsch. 43, 142; Recht 1908 Bd. 84 Nr. 491; OLGRspr. 16, 422; Staudinger BGB. Anm. II 2 c § 542.

In den Zuschriften des Mieters an den Vermieter ist keine Frist zur Abhülfe gesetzt. Das Verlangen nach Abhülfe muß aber von dem Mieter stets dann gestellt werden, wenn nicht von vornherein eine Abhülfe unmöglich oder doch mit solchen Schwierigkeiten und Belästigungen für den Mieter verbunden ist, daß deren Duldung nicht zugemutet werden kann (Recht 1907, 1318). Beleidigungen können an sich nicht ungeschehen gemacht werden, wenn ihnen auch durch Abbitte und Kundmachung die Spitze abgebrochen werden kann. Dem Mieter muß es aber genügen, wenn auf sein Abhülfeverlangen hin weitere Beleidigungen und Belästigungen unterbleiben und er fortan in dem Gebrauch der Mietwohnung ungestört bleibt.

Bei äußerst schweren Beleidigungen des Vermieters selbst gegenüber dem Mieter, welche jede Möglichkeit des Nebeneinanderwohnens und des Gebrauchs der Mietwohnung unwiederbringlich zerstören, mag nach Sachlage die Setzung einer Abhülfefrist als unnötig erscheinen, da der Mieter kein Interesse mehr an der Erfüllung des Mietvertrages hat (Recht 1907, 1318; D. Richterztg. 1914, 148). Dies kann aber nur dann zutreffen, wenn die Entziehung des Gebrauchs der Mietwohnung auf eigene Handlungen des Vermieters zurückzuführen ist. Sind Handlungen von Angehörigen oder Erfüllungsgehülfen des Vermieters begangen, durch welche der Mieter in der Ausnutzung seiner Vertragsrechte gestört wurde, so muß dem Vermieter, gegen dessen Willen und ohne dessen Wissen die Beleidigungen verübt sein können, die Möglichkeit offengelassen werden, deren Wirkungen abzuhelfen. Diese Abhülfe muß der Mieter begehren. Die Bestimmung einer nach Tagen und Stunden bemessenen Frist zur Abhülfe erscheint hier, da es sich nicht um Vornahme von baulichen Ausbesserungen, sondern um die Beseitigung von Wirkungen, von Urteilen oder Gefühlsäußerungen handelt, nicht angängig. Das Verlangen einer unverzüglichen Abbitte und der Unterlassung weiterer Verletzungen würde hier vollkommen Ersatz bieten (RGEntsch. 75, 357, in SeuffA. 66 Nr. 206). Jedenfalls können Beleidigungen oder Belästigungen, welche ohne Mitwirkung oder Einverständnis des Vermieters nur von dessen Angehörigen oder Angestellten begangen wurden, keine so schwere Entziehung des vertragmäßigen Gebrauchs der Mietwohnung begründen, daß hierdurch der Mieter berechtigt wäre, ohne Verlangen unverzüglicher Abhülfe sofort dem Vermieter außerordentlich zu kündigen. Es wäre sonst den durch langjährigen Mietvertrag gebundenen Mietern ein leichtes, sich von ihrer vertragmäßigen Bindung durch Zusammenspiel mit einem Angestellten oder Angehörigen des Vermieters zu befreien.

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 31. März 1915 i. S. V. w. F. — L. 916/14. P.

8. Die Vereinbarung freier Übertragbarkeit des Mietvertrags enthält keine Entlassung des ursprünglichen Mieters.

BGB. §§ 549. 157.

Der Eigentümer F. hatte mit dem Beklagten E. einen Mietvertrag bis zum 1. Juli 1914 geschlossen. Durch Vertrag v. 17. Jan. 1911 hatte der Kläger sich verpflichtet, falls er das Grundstück von F. käuflich übernähme — was demnächst geschah —, dem Beklagten E. den Vertrag zu den alten Bedingungen um zwei Jahre zu verlängern; dieser Vertrag solle frei übertragbar sein. Auf Grund der letzten Abrede waren dem Nebenintervenienten W. von dem Mieter E. die Rechte aus dem Mietvertrage übertragen worden. Da W. sich aber ohne Zahlung des Mietzinses entfernt hatte, wurde E. vom Kläger auf Zahlung des Mietzinses in Anspruch genommen. — Der Klage wurde stattgegeben. Nachdem ausgeführt ist, daß zwischen den Parteien ein Mietvertrag zustandegekommen, wird in den Gründen des Ber.-Urteils fortgefahren:

„Der Beklagte wendet ein, W. sei in den Mietvertrag eingetreten und er sei infolgedessen aus dem Vertrag entlassen. Das folgert er insbesondere aus den Worten: Dieser Vertrag ist frei übertragbar. Wäre dies der Sinn der Vereinbarung, so würde der Vermieter unglaublich töricht gehandelt haben. Der Mieter hätte es in der Hand, durch Einschiebung eines vermögenslosen Dritten sich von seiner Verpflichtung freizumachen und den Vermieter um seine Sicherheit, das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen, zu bringen. Das Ungewöhnliche und Unvernünftige ist aber nicht zu vermuten (RGEntsch. 60, 428). Der Beklagte muß also den bestimmten Nachweis führen, daß er, sei es ausdrücklich, sei es durch schlüssige Handlungen, aus dem Mietvertrage entlassen sei. Hierzu genügt aber die Genehmigung oder die im voraus erklärte Zustimmung zu der Abtretung nicht;

vgl. Niendorf Miete § 39 Nr. 1 S. 276; Reichel Schuldübernahme 305; RG. v. 30. Jan. 1895, V. 276/94, KGBl. 10, 6.

Aus der Vertragsbestimmung, daß der Mietvertrag frei übertragbar sei, läßt sich demnach nichts zugunsten des Beklagten folgern, sie hat vielmehr lediglich die Bedeutung, die im § 549 BGB. erforderte Erlaubnis zur Aftervermietung im voraus festzulegen.

Was der Beklagte sonst zur Unterstützung seiner Auffassung anführt, beweist nichts. Daraus, daß der Kläger eine Mietzahlung vom Aftermieter angenommen hat, folgt die Befreiung des ursprünglichen Mieters ebensowenig wie die Befreiung des persönlichen Schuldners daraus hergeleitet werden kann, daß der Hyp.-Gläubiger die Zinsen von dem neuen Erwerber annimmt. Wer dem Vermieter zahlt, ist ihm gleichgültig, wenn nur überhaupt gezahlt wird; die Quittung muß naturgemäß dem ausgestellt werden, welcher zahlt. Wenn daher der Kläger dem W. quittiert hat, so ist auch hieraus nichts für die Entlassung des Beklagten aus der Verbindlichkeit zu entnehmen. Auch der Umstand, daß W. mit dem Kläger einen neuen Mietvertrag über die Zeit v. 1. Juli

1916 bis zum 1. Juli 1918 geschlossen hat, läßt sich nicht für die Auffassung des Beklagten verwerten; viel eher könnte dies die gegenteilige Ansicht stützen. Denn hätte W. tatsächlich schon von vornherein in den Mietvertrag mit befreiender Wirkung für den Beklagten eintreten sollen, so hätte es nahe gelegen, daß der mit W. abgeschlossene Vertrag auch die Zeit bis zum 1. Juli 1916 umfaßt, sich aber nicht auf die Zeit beschränkt hätte, nach welcher der mit dem Beklagten geschlossene Vertrag seine Endschaft erreicht hatte. — — —"

Urteil des OLG. zu Königsberg (2. Sen.) v. 6. Juli 1915 i. S. E. w. W. 3 U. 45/15. Th.

9. Der Spieleinwand bei Börsentermingeschäften ist nur ausgeschlossen bei genauer Einhaltung der Geschäftsbedingungen.

Vgl. 67 Nr. 176.

BGB. § 764; BörsG. §§ 50. 58.

Die Beklagte hatte als Käuferin mit der Klägerin als Verkäuferin im Juni 1912 zwei Termingeschäfte in Kupfer abgeschlossen. Da Nachschüsse, die die Klägerin beim Sinken der Kupferpreise gefordert hatte, von der Beklagten nicht geleistet wurden, schritt die Klägerin zur Glattstellung. Den hierbei zu ihren Gunsten ermittelten Saldobetrag machte sie durch Klage bei einem Schiedsgericht geltend. Durch Schiedsspruch v. 18. Nov. 1912 wurde die Beklagte zur Zahlung von 4898,10 *M* nebst Zinsen und in die Kosten verurteilt. — Die Klage der Klägerin auf ein Vollstreckungsurteil zu diesem Schiedsspruch wurde in 2. Instanz abgewiesen. Ihre Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Nach § 1042 Abs. 2, § 1041[1] ZPO. ist das Vollstr.-Urteil zu einem Schiedsspruch zu versagen, wenn das schiedsrichterliche Verfahren unzulässig war. Dieses Verfahren beruhte im vorliegenden Fall auf dem Schiedsvertrage, der im Abs. 5 der auf dem Schlußscheinvordruck der Klägerin abgedruckten Geschäftsbedingungen enthalten ist. Daß die beiden Termingeschäfte der Parteien auf der Grundlage dieser Bedingungen abgeschlossen sind, ist außer Streit. Die Beklagte hat aber beiden Geschäften, neben andern Einreden, die Spieleinrede aus §§ 764. 762 BGB. entgegengesetzt, und das Ver.-Gericht hat dieser Einrede entsprechend die Geschäfte, und mit ihnen in beiden Fällen den Schiedsvertrag, als unverbindlich erachtet.

Daß bei beiden Geschäften nach der übereinstimmenden Absicht der Vertragschließenden Lieferung und Abnahme des gekauften Kupfers nicht erfolgen sollte und von der Beklagten „nur auf den Preisunterschied spekuliert" wurde, m. a. W.: daß nach dem Vertragswillen die Erfüllung des Geschäfts in der von dem verlierenden Teile an den gewinnenden zu leistenden Zahlung des Unterschieds zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsenpreise der Lieferungszeit bestehen sollte (§ 764 BGB.), hat das Ver.-Gericht einwandfrei festgestellt und diese Feststellung ist auch von der Revision nicht angegriffen.

Nun ist aber der Einwand aus §§ 764. 762 gegenüber Börsentermingeschäften in zum Börsenterminhandel zugelassenen Waren nach näherer Bestimmung des § 58 BörsG. v. 8. Mai 1908 ausgeschlossen. Daß Kupfer an der hier in Betracht kommenden Hamburger Börse zu der in Betracht kommenden Zeit zum Terminhandel ordnunggemäß zugelassen war, hat das Ber.-Gericht als festgestellt angenommen. Ebenso hat es angenommen, daß die zur Zeit der beiden Geschäftsabschlüsse unstreitig im Handelsregister eingetragene Beklagte nicht, wie sie geltend gemacht hatte, Minderkaufmann des § 4 HGB. war, sondern zu den Vollkaufleuten gehörte und daß somit die Geschäfte, wie im § 58 vorausgesetzt, für die Beklagte nach § 53 BörsG. an sich, d. h. abgesehen von der Spieleinrede, verbindlich waren. Nach beiden Richtungen bedarf es einer Nachprüfung nicht, weil das Ber.-Gericht auch von diesem der Klägerin günstigen Standpunkte zur Abweisung der Klage gelangt ist, ohne daß hierdurch das Gesetz verletzt ist.

Die im § 58 ausgesprochene Ausschließung der Einrede aus §§ 764. 762 BGB. kommt, wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts feststeht, nur den sog. offiziellen Börsentermingeschäften, d. h. denjenigen zu, bei welchen die Voraussetzungen des § 50 BörsG. erfüllt sind. Vor der Zulassung zum Börsenterminhandel sind nach § 50 Abs. 2 die Geschäftsbedingungen für diesen Handel in den zuzulassenden Waren oder Wertpapieren festzusetzen. Damit wird ein für allemal die Grundlage für die Geschäfte des zugelassenen Börsenterminhandels geschaffen, und deshalb kann zu den offiziellen Börsentermingeschäften ein Geschäft nur dann gerechnet werden, wenn es unter Einhaltung jener Bedingungen, wie sie bei der betreffenden Börse festgesetzt sind, abgeschlossen ist.

Das Ber.-Gericht hat nun zunächst einige Punkte erörtert, in denen es zwischen den Geschäftsbedingungen der Klägerin und jenen allgemein festgesetzten Bedingungen, nämlich den „Hamburger Schlußscheinbedingungen für Geschäfte in Kupfer" des Vereins der am Metallhandel beteiligten Firmen in Hamburg, nicht Abweichungen von solcher Art als bestehend annimmt, daß dadurch die mit der Beklagten geschlossenen Geschäfte das Gepräge nicht-offizieller Börsentermingeschäfte erhielten. Sodann hat aber das Ber.-Gericht die zu den Geschäftsbedingungen der Klägerin gehörende Bestimmung in Betracht gezogen, wonach beim Ausbleiben der gegebenenfalls eingeforderten Nachschüsse die Klägerin berechtigt sein soll, ‚sämtliche oder einzelne der auf den Namen des Gegenkontrahenten lautenden Kontrakte . . . durch Kauf oder Verkauf bestmöglichst an der hiesigen oder einer auswärtigen Börse zu liquidieren und die sofortige Begleichung eines sich etwa ergebenden Verlustes zu verlangen'. Schon der in 1. Instanz zugezogene Sachverständige A. hatte hierin eine über den Rahmen der für Geschäfte in Hamburg geltenden Bestimmungen hinausgehende Vorschrift gefunden, insofern auch ein Verkauf an einer auswärtigen Börse vorgesehen sei. Es kann auch nicht zweifelhaft

sein, daß hier eine wesentliche Abweichung von den gemäß § 50 Abs. 2 BörsG. festgesetzten Geschäftsbedingungen vorliegt; denn nach § 20 Abs. 2 der nach der unangefochtenen Annahme des Ber.-Gerichts diese Festsetzung enthaltenden Schlußscheinbedingungen des genannten Vereins muß der Deckungskauf oder -verkauf ‚durch Vermittlung eines von dem Verein zugelassenen Maklers . . . zu einem offiziell notierten Preise . . . erfolgen', was natürlich zugleich bedeutet, daß die Glattstellung an der Hamburger Börse und nur an dieser zu bewirken ist. Auch das Landgericht hat anerkannt, daß durch jene Bestimmung in den Geschäftsbedingungen der Klägerin dem andern Vertragschließenden ‚eine bedeutsame Garantie verloren geht'. Es ist aber der Meinung, die darin liegende Bevorzugung der Stellung der Klägerin sei immer noch nicht so weitgehend, daß das Geschäft dadurch zu einem nichtoffiziellen Börsentermingeschäft würde. Das Oberlandesgericht ist der entgegengesetzten Ansicht, und ihm ist, auch in der dafür gegebenen Begründung, beizustimmen. Die Revision glaubt dieser Ansicht damit entgegentreten zu können, daß zwischen den verschiedenen deutschen Börsen in den festgesetzten Geschäftsbedingungen und auch in den Preisen ein wesentlicher Unterschied nicht bestehe. Dieser Einwand geht aber schon darum fehl, weil nach dem klaren Wortlaut der vorhin wiedergegebenen Vertragsbestimmung die Klägerin sich sogar das Recht vorbehalten hat, die Glattstellung auch an einer ausländischen (nichtdeutschen) Börse vorzunehmen. Hierdurch ist der andre Vertragsteil der in den Einrichtungen der deutschen Börsen und in der staatlichen Aufsicht über sie liegenden Gewähr beraubt (vgl. Urt. des RG. v. 14. Juni 1911, Entsch. 76, 371. 373). Dieser Nachteil wird auch nicht durch das an der erwähnten Stelle in den Schlußscheinbedingungen der Klägerin hinzugefügte Wort ‚bestmöglichst' beseitigt. Dieses Wort hat keineswegs, wie die Revision meint, die Bedeutung, daß die Glattstellung an einer auswärtigen Börse nur zulässig sein solle, wenn sie den Interessen des andern Teils nützlich sei; es besagt nur, daß der Kauf oder Verkauf, sei es an der Hamburger oder an einer auswärtigen Börse, bestmöglich zu erfolgen habe.

Mit Recht hat hiernach das Ber.-Gericht es abgelehnt, die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge als offizielle Börsentermingeschäfte in dem vorhin angegebenen Sinne zu behandeln. Damit rechtfertigt sich die Zulassung der Spieleinrede. Die aus §§ 764. 762 BGB. sich ergebende Ungültigkeit der Verträge überhaupt bringt auch die Ungültigkeit der in ihnen mit enthaltenen Schiedsverträge mit sich, und aus ihr folgt die Versagung des mit der Klage begehrten Vollstr.Urteils (§ 1042 Abs. 2, § 1041[1] ZPO.). — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 20. April 1915 in der Hamb. Sache S. (Kl.) w. F. (OLG. Hamburg). VII. 14/15. B.

10. Zum Begriff „Kriegsereignis" in den Bedingungen einer Unfallversicherungs-Gesellschaft.

BGB. § 157.

Der Ehemann der Klägerin H. hatte am 4. August 1914 mit seiner Kraftdroschke Fahrgäste nach L. bei München gebracht und fuhr nachts gegen 12 Uhr stadteinwärts. In der Nähe der F.-Brücke kam ihm ein Kraftwagen entgegen, der von einem Offizier und vier oder fünf Soldaten besetzt war. Dieses Kommando hatte den Auftrag, ein französisches Automobil, das mit Geld nach Rußland unterwegs sein sollte, abzufangen. Der Offizier hielt das Fahrzeug des H. für ein feindliches, ließ die Soldaten und die an der Brücke postierten Zivilschutzwächter vor der Brücke ausschwärmen und dem entgegenfahrenden Wagen Halt zurufen und befahl alsbald Feuer zu geben. Die Droschke des H. hielt, dieser selbst war mehrfach von den Schüssen getroffen und starb sofort an den erhaltenen Verletzungen. H. war als Abonnent einer in München erscheinenden Zeitung bei der verklagten Lebensversicherung gegen tödliche Unfälle mit 1000 ℳ versichert. Seine Witwe begehrte von der Beklagten die Bezahlung dieser Summe. Die Beklagte bestritt den vorstehenden Sachverhalt nicht, behauptete aber u. a., daß sie nach den Versicherungsbedingungen zur Zahlung nicht verpflichtet sei, da ein Unfall durch ein von der Versicherung ausgenommenes Kriegsereignis vorliege. — Das Landgericht, das annahm, daß ein Kriegsereignis nicht vorliege, erkannte nach dem Klagantrage. In der Ber.-Instanz wurde die Klage abgewiesen. Aus den Gründen:

„Nach den Versicherungsbedingungen der Beklagten, die für die Abonnenten der fraglichen Zeitung seit dem 1. April 1914 in Geltung sind, ist die Versicherung für Unfälle ausgeschlossen, die der Versicherte ‚durch Kriegsereignisse' erleidet. Durch die Aufnahme dieser Bestimmung will die Gesellschaft die bei Kriegsereignissen ausnahmsweise gesteigerte Gefahr für Massenschäden ausschließen. Nach dem unbestrittenen Tatbestand liegt dem Unfall ein rein militärischer Vorgang zugrunde. Ein unter dem Befehl eines Offiziers stehendes Kommando war zum Abfangen eines angekündigten feindlichen Automobils ausgesandt worden. Die Maßnahmen und Handlungen dieses Kommandos dienten zur Erreichung eines Kriegszweckes und stellen ohne Zweifel einen kriegerischen Vorgang dar. Hieran wird auch nichts durch die Tatsache geändert, daß das Militärkommando aus einem Irrtum den Angriff auf das Fahrzeug des H. unternahm. Der tödliche Unfall, den H. bei diesem Angriff, der auch eine erhöhte Gefahr für das Leben dritter Personen in sich schloß, erlitten hat, steht in ursächlichem Zusammenhang mit dem kriegerischen Ereignis und muß deshalb entgegen der Anschauung des Landgerichts als durch ein Kriegsereignis herbeigeführt erachtet werden (vgl. die Aufsätze im „Recht" 1914, 573 und 602). Es besteht sohin für die Beklagte keine Verpflichtung, für den Unfall

eine Entschädigung zu leisten, und demgemäß war, ohne daß die weiteren Einwände der Beklagten zu würdigen gewesen wären, zu erkennen wie geschehen ist.

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 10. Juli 1915 i. S. H. w. N. Leb.VersBk. L. 343/15. F—z.

11. Bemessung des Schmerzengeldes.

Vgl. 15 Nr. 131; 23 Nr. 31; 38 Nr. 121; 43 Nr. 115.

BGB. § 847.

Der Kläger nahm den Eisenbahnfiskus auf Schadenersatz in Anspruch weil er auf einem von diesem angelegten Wege vom Bahnhof nach dem Dorf L. an einer unverwahrten Stelle des nachts verunglückt war. Er verlangte auch 20000 M Schmerzengeld. — Dazu bemerken die Gründe des Rev.-Urteils:

„— — — Das Ber.-Urteil enthält den Satz, daß der vom Kläger an Schmerzengeld geforderte Betrag nicht den zu berücksichtigenden Verhältnissen entspreche, bei denen jedenfalls die Vermögenslage des Schuldners überhaupt nicht in Betracht zu ziehen sei. Dieser Satz wird von der Revision des Klägers als rechtsirrtümlich beanstandet. Es ist nicht klar zu ersehen, ob das Ber.-Gericht den allgemeinen Satz hat aussprechen wollen, daß bei der Bemessung eines Schmerzengeldes die Vermögensverhältnisse des Ersatzpflichtigen schlechthin nicht zu berücksichtigen seien; ein solcher Satz würde allerdings als rechtsirrtümlich betrachtet werden müssen (RGEntsch. 63, 104; JW. 1911, 279[9]). Wenn das Ber.-Gericht dagegen hat aussprechen wollen, daß die Vermögensverhältnisse des gegenwärtigen Beklagten, des Fiskus, bei der Bemessung des Schmerzengeldes für den Kläger keine Rolle zu spielen haben, so ist in dieser Beschränkung sein Ausspruch zutreffend. Das Vermögen des Fiskus dient den öffentlichen Zwecken des Staates, es begründet keine Vermögenslage im privatwirtschaftlichen Sinn und kann nicht zu dem Vermögen des Ersatzberechtigten in ein Verhältnis gebracht werden. Im übrigen ist die Bemessung des Schmerzengeldes der Würdigung des Tatsachenrichters überlassen und entzieht sich der Nachprüfung der Revision, sofern nicht materiellrechtliche Verstöße dabei untergelaufen sind.

In dieser Richtung erhebt die Revision des Klägers die Rüge, daß das Ber.-Gericht die Schwere der festgestellten Unfallsfolgen unberücksichtigt gelassen habe. Der Vorwurf ist unbegründet. Das Ber.-Gericht hat zur Grundlage für die Festsetzung des Schmerzengeldes gerade ‚die erwiesenen Verletzungen, ihre Heilungsdauer, die erlittenen Schmerzen und die voraussichtlich bleibenden Folgen‘ des Unfalls genommen. Es hat also durchaus die Umstände in Betracht gezogen, deren Außerachtlassung der Kläger rügt. Die Würdigung mag mit Grund oder ohne Grund dem Kläger mißfallen und ungenügend erscheinen; für rechtsirrtümlich kann sie nicht erachtet werden. — — —“

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 31. Mai 1915 in der preuß. Sache G. (Kl.) w. Preuß. EBFiskus (OLG. Breslau). VI. 54/15.

12. Die Gläubigeranfechtung einer Hypothekbestellung ist ausgeschlossen, wenn das Grundstück ohnehin überlastet war.

Vgl. 45 Nr. 95 m. N.; 48 Nr. 264; 66 Nr. 118.
AnfG. § 3[1]; KO. § 31.

„— — — **Wesentliches Erfordernis jeder Anfechtung** einer Rechtshandlung ist, daß **der anfechtende Gläubiger durch sie benachteiligt** worden ist. Handelt es sich um die Anfechtung einer Hypothek, so muß der Gläubiger nachweisen, daß das Grundstück des Schuldners ohne die dem Anfechtungsgegner bestellte Hypothek einen solchen Wert gehabt habe, daß er sich durch Zw.-Vollstreckung in das Grundstück hätte Befriedigung wegen seiner Forderung verschaffen können. War jedoch das Grundstück zur Zeit der streitigen Hyp.-Bestellung schon so mit Hypotheken überlastet, daß der Gläubiger sich aus ihm, wenn auch die Hypothek des Gegners nicht eingetragen gewesen wäre, nicht hätte befriedigen können, so fehlt es an einer objektiven Benachteiligung des Gläubigers und demzufolge an jedem Interesse an einer Anfechtung;

vgl. Jaeger Anf. außerh. des Konkurses 156 ff.; Hartmann-Meikel AnfG. 63; RG-Entsch. 15, 65; JW. 1908, 567 [32]; Bolze Praxis 15 Nr. 178.

Ein derartiger Fall liegt gegenwärtig vor. Es ist festzustellen, daß das Grundstück zu der Zeit der Bestellung der angefochtenen Hypothek mit Hypotheken von annähernd 55000 ℳ belastet gewesen ist. Diese Summe würde bei einer Zw.-Versteigerung des Grundstücks nie erreicht worden sein; ein freihändiger Verkauf, bei dem nach dem Gutachten des Sachverständigen W. allenfalls ein Preis von 56000 ℳ hätte erzielt werden können, kommt nicht in Frage. Bei einer Zw.-Versteigerung würden außer den Stammbeträgen von ziemlich 55000 ℳ noch Zinsen und Kostenforderungen der hypothekarischen Gläubiger vor dem Kläger zu befriedigen gewesen sein (vgl. § 10 [4. 5.] ZVG. in Verb. mit § 1118 BGB.): es ist geradezu ausgeschlossen, daß dann für den Kläger irgend etwas übrig geblieben wäre. Es handelte sich um die Versteigerung eines Grundstücks, das im wesentlichen dem Fabrikbetriebe diente und in manchen Beziehungen von einem neuen Erwerber hätte anders eingerichtet werden müssen; ein derartiges Grundstück wird im Falle der Zw.-Versteigerung, zumal bei den jetzigen ungünstigen Verhältnissen des Geldmarktes, nur zu einem gedrückten Preise veräußert werden. Das Gericht hält bei Berücksichtigung aller dieser Umstände die Ansicht des Zeugen L., es würden bei einer Versteigerung kaum mehr als 50000 ℳ für das Grundstück haben erzielt werden können, für durchaus zutreffend.

Fehlt es hiernach, soweit die Eintragung der Hypothek von 5000 ℳ in Frage kommt, an dem Nachweis der objektiven Benachteiligung des Klägers, so ist die auf Anfechtung der Hyp.-Bestellung gerichtete Klage mit Recht abgewiesen worden. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (9. Sen.) v. 23. Jan. 1914 i. S. Sch. (Kl.) w. L. 9 O. 137/13. F—ch.

13. Das Landesrecht kann die Auflassung in einem Prozeßvergleich zulassen.

Vgl. 67 Nr. 11; auch 56 Nr. 269.

BGB. 925.

Es kann die Entscheidung der Streitfrage auf sich beruhen bleiben, ob nicht schon der § 925 BGB. die Auflassung eines Grundstücks im Wege des Prozeßvergleichs zulasse oder ob er eine solche um deswillen ausschließe, weil die in ihm bestimmte Mitwirkung des Grundbuchamts nicht lediglich eine besondere Vertragsform darstellt, sondern aus einem anderen Grunde als dem einer behördlichen Beurkundung vorgeschrieben ist und somit eine besondere Zuständigkeitsnorm enthält. Jedenfalls war in vorliegendem Falle die Möglichkeit, die Auflassung eines Grundstücks im Wege des Prozeßvergleichs herbeizuführen, dadurch gegeben, daß durch den Art. 143 EinfG. z. BGB. der Landesgesetzgebung freigelassen ist, für die ihr unterliegenden Grundstücke zu bestimmen, daß die Einigung außer vor dem Grundbuchamte auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer andern Behörde oder vor einem andern Beamten erklärt werden kann, und durch die Art und Weise, in der in Mecklenburg von dieser Befugnis Gebrauch gemacht ist. Denn es kann der in BadRpr. 13, 214, vgl. Jahrb. des Rechts 1914, 259 entwickelten Ansicht nicht beigetreten werden, daß auch die in Beihalt des Art. 143 landesgesetzlich berufenen Amtsstellen nur in ihrer Eigenschaft als Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Entgegennahme der Auflassungserklärungen geeignet seien und eine ausdehnende Auslegung dieser Zuständigkeitsbestimmung auf andre Amtsstellen, insbesondere auf das Prozeßgericht, nach der Absicht des Gesetzes unzulässig sei. Indem die Reichsgesetzgebung mit dem im Interesse der Sicherheit im Grundstücksverkehr aufgestellten Grundsatze, daß das für das Grundstück zuständige Grundbuchamt mitzuwirken habe, brach und die Erklärung auch vor andern landesrechtlich bestimmten Behörden und Beamten zuließ, änderte sie insoweit den Charakter ihrer ursprünglichen Bestimmung völlig. Denn die Gesichtspunkte, die gerade zur Mitwirkung des zuständigen Grundbuchamts geführt hatten, entfallen bei diesen andern landesgesetzlich berufenen Behörden und Beamten, da keiner derselben ihnen in dem Maße wie das Grundbuchamt gerecht werden kann. Bei dieser Sachlage erscheint, da in dem Art. 143 keine Beschränkung dahin aufgestellt ist, daß von der Landesgesetzgebung nur solche Behörden gewählt werden dürften, welche hinsichtlich der Sicherheit im Grundstücksverkehr dem Grundbuchamt für gleichwertig anzusehen sind, die Auslegung des erwähnten Schriftstellers, wonach der Landesgesetzgebung nur die Bestimmung der Zuständigkeit weiterer Behörden freistehen soll, als nicht zutreffend. Bei der allgemein gehaltenen Fassung des Art. 143 muß vielmehr der Sinn jener Bestimmung dahin aufgefaßt werden, daß die Reichsgesetzgebung es dem Landesrecht hat völlig überlassen wollen, welche andern Behörden neben dem Grundbuchamt zur Entgegennahme der Auflassungserklä-

rungen berufen sein sollten und welche Bedeutung das Landesrecht der Mitwirkung dieser Behörden beimessen wollte, ob insbesondere diese Mitwirkung eine besondere Zuständigkeitsnorm oder nur den Charakter einer behördlichen Beurkundungsform enthalten solle.

In Beihalt dieser Ausführungen über den Inhalt des Art. 143 erscheint aber die weitere Beschwerde, soweit sie sich gegen die Ablehnung der Umschreibung auf Grund des zum Protokoll der 3. Zivilkammer des Großherzogl. Landgerichts zu Rostock v. 4. Febr. 1915 abgeschlossenen Prozeßvergleichs richtet, als begründet. Das Landesrecht hat im § 104 der AusfV. z. BGB. von der im Art. 143 Einf.G. z. BGB. enthaltenen Freilassung Gebrauch gemacht und bestimmt, daß Auflassungserklärungen außer vor dem Grundbuchamt auch vor einem Amtsgericht, vor der für das Grundstück zuständigen Flurbuchbehörde, vor der Ansiedelungskommission, vor der zuständigen Vormundschafts- und Nachlaßbehörde oder vor einem Notar abgegeben werden können. Es sind also außer dem Grundbuchamt noch eine große Reihe von Behörden zugelassen, von denen man ohne weiteres sagen kann, daß sie den Anforderungen, die zur Aufnahme des § 925 BGB. im Interesse der Sicherheit des Grundstückverkehrs führten, nicht entsprechen können. Mögen auch die Flurbuchbehörden, die Ansiedelungskommissionen und vielleicht auch die Vormundschafts- und Nachlaßbehörden in einem gewissen Zusammenhange mit dem Grundbuchamt stehen und dadurch die Gewähr bieten, daß infolge ihrer Mitwirkung der Vertragswille der Parteien mit dem Grundbuch im Einklnag steht, so gilt doch nicht das gleiche von den Amtsgerichten und den Notaren. Denn es ist nicht etwa nur das für das Grundstück zuständige Amtsgericht zur Entgegennahme der Auflassungserklärung für befugt erklärt, sondern jedes Amtsgericht. Und ebenso ist jeder Notar zur Entgegennahme berechtigt, ohne daß ihm etwa eine Pflicht zur zuvorigen Einsicht des Grundbuchs auferlegt worden wäre. Hiernach muß angenommen werden, daß jedenfalls nach dem für Mecklenburg geltenden Landesrecht die Bestimmungen über die Mitwirkung gewisser Behörden bei der Entgegennahme der Auflassungserklärungen keine besonderen Zuständigkeitsnormen enthalten. Die Mitwirkung dieser Behörden stellt sich vielmehr nur als eine besondere Vertragsform dar. Ist dies aber der Fall, so ist nach den vom Reichsgericht in RGEntsch. 48, 191 (SeuffA. 56 Nr. 269) entwickelten Grundsätzen der Prozeßvergleich als der sonst geforderten Auflassungsform gleichwertig anzusehen und die für die Auflassung sonst erlassenen Formvorschriften werden, wenn wie im vorliegenden Falle der Vergleich unter Beobachtung der für diesen in der Prozeßordnung gegebenen Vorschriften abgeschlossen ist, völlig ersetzt.

Beschluß des OLG. zu Rostock (Fer.-Sen.) v. 24. Aug. 1914. GrdbSache Mandelhagen Hufe Nr. 5. 1. S. A. 4/15. K—n.

---

14. Kann der Hyp.-Gläubiger auf Grund der Zahlung zur Löschung verurteilt werden?

Vgl. 62 Nr. 49; 66 Nr. 221.

BGB. §§ 362. 875. 1144. 1163; GBO. § 19.

Therese L. wurde vom Grundeigentümer auf Hypoheklöschung wegen erfolgter Zahlung verklagt. Sie wandte ein, daß mit der Klage etwas rechtlich Unmögliches verlangt werde; denn nach § 362 BGB. erlösche die Forderung durch Zahlung und gemäß § 1163 BGB. erwerbe der Eigentümer die Hypothek, wenn die Forderung bezahlt sei. Zur Löschung der Hypothek im Grundbuch sei nach der Zahlung der Hyp.-Gläubiger nicht mehr berechtigt. Nach § 875 BGB. sei hierzu die Erklärung des Berechtigten erforderlich und berechtigt sei nur der Eigentümer. Der Kläger hätte nur die Ausstellung einer sog. löschungsfähigen Quittung oder die Einwilligung der Beklagten zur Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB. verlangen können. — Die Einrede wurde nicht für begründet erachtet. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es ist zwar richtig, daß die Kaufschillingsforderung der Beklagten zu 30000 ℳ in Höhe der vom Kläger bewirkten Teilzahlung erloschen und daß insoweit die für die Forderung bestehende Hypothek auf den Kläger als Eigentümergrundschuld übergegangen ist. Es ist weiter richtig, daß die Beklagte durch Erteilung einer sog. löschungsfähigen Quittung oder durch die Einwilligung zur Umschreibung des gezahlten Teiles der Hypothek als Eigentümergrundschuld auf den Kläger dessen Interessen genügt und die ihr ihm gegenüber bestehenden Verpflichtungen erfüllt hätte. Es ist aber nicht richtig, daß mit der Klage etwas Unrichtiges von ihr verlangt wird. Sie ist im Grundbuch noch als Gläubigerin der ganzen Hypothek eingetragen und deshalb dem Grundbuchamte gegenüber auch zur Bewilligung der Löschung der ganzen Hypothek oder eines Teiles derselben legitimiert. Vollzogen kann die Löschung im Grundbuch allerdings nur werden, wenn der Kläger als Eigentümer des verpfändeten Grundstücks ihr zustimmt. Würde es sich darum handeln, den bezahlten Teil der Hypothek auf den Kläger als Eigentümergrundschuld umzuschreiben, dann wäre die Löschungsbewilligung der Beklagten allerdings ungenügend. Aber der Kläger will nicht die Mitwirkung der Beklagten zur Umschreibung des bezahlten Teils der Hypothek auf seinen Namen, sondern zur Löschung derselben. Diese Mitwirkung kann ihm die Beklagte nicht versagen. Der Gläubiger hat — s. die Motive zu § 1144 BGB., § 1096 1. Entw. — gegen Empfang der Leistung nicht bloß Quittung zu erteilen, sondern auch nach der Wahl des Eigentümers entweder die Umschreibung oder die Löschung der Hypothek in beglaubigter Form zu bewilligen und die bezüglichen Urkunden dem Eigentümer zu übergeben. Auch in der Rechtslehre wird zumeist dem Eigentümer, der eine auf seinem Grundstück

lastende Hypothek bezahlt hat, das Recht eingeräumt, von dem Hyp.-Gläubiger die Bewilligung der Löschung der Hypothek zu verlangen;

vgl. Kamm. v. RGRäten Bem. 4 zu § 1144 BGB. und die dortselbst angeführten Einsprüche.

Das Reichsgericht hat zwar in der Entscheidung v. 20. Januar 1904 (RGEntsch. 56, 327 oben) sich auf den Standpunkt gestellt, daß im Fall des Übergangs einer Hypothek auf den Eigentümer nach § 1163 BGB. der frühere Hyp.-Gläubiger nur verpflichtet sei, den Eigentümer durch Ausstellung einer den Anforderungen des § 29 GBO. entsprechenden Quittung in den Stand zu setzen, die erforderlich gewordene Berichtigung des Grundbuchs selbst beantragen zu können, es hat aber gleichwohl die Verurteilung des befriedigten Hyp.-Gläubigers zur Löschungsbewilligung mit dem Bemerken gebilligt, daß nicht ersichtlich und vom Beklagten auch nicht geltend gemacht sei, daß er daran ein Interesse hätte, zur Ausstellung einer löschungfähigen Quittung an Stelle der beantragten Löschungsbewilligung verurteilt zu werden. Diese Bemerkung des Reichsgerichts trifft auch auf den vorliegenden Fall zu. — — —"

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 13. März 1915 i. S. Sp. w. L. L. 1047/14. P.

---

15. Das Zinsrecht kann durch Teilung von der Hypothek getrennt werden.

BGB. §§ 1152. 876.

Die verklagte Ehefrau Fr. war früher die Gläubigerin einer im Grundbuch für L. eingetragenen Hypothek von 6000 M. Sie trat die Hypothek im Jahre 1908 an eine Firma L. W. Söhne ab, jedoch behielt sie sich das — demnächst auch im Grundbuch vermerkte — Zinsgenußrecht vor. Die neue Gläubigerin trat die Hypothek an R. E. und dieser trat sie am 2. Dez. 1912 weiter ab an den jetzigen Kläger. Die Umschreibung für den Kläger erfolgte unbeschadet des Zinsgenußrechts der Frau Fr. Der Kläger kündigte die Hypothek zum 1. April 1913, der Grundstückseigentümer machte aber die Rückzahlung davon abhängig, daß er auch hinsichtlich des Zinsengenußrechts löschungfähige Quittung erhalte. Der Kläger beantragte deshalb, die Beklagte und ihren Ehemann zu verurteilen, die Löschung des Zinsengenußrechts nach Rückzahlung des Kapitals zu bewilligen. Die Beklagten wandten ein, daß Zinsenrückstände beständen, außerdem aber sei die Hypothek auch, wie beim Erwerbe der Kläger und die Zwischengläubiger gewußt hätten, der Firma L. W. Söhne lediglich, und zwar wegen einer Restforderung von 2000 M, sicherunghalber verpfändet worden. — Das Landgericht gab der Klage statt, während sie in 2. Instanz abgewiesen wurde. Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Der Gläubiger einer Forderung kann diese abtreten und sich das Recht auf die künftigen Zinsen vorbehalten, ebenso wie es ihm umgekehrt freisteht,



die Forderung in seiner Hand zu behalten und das Zinsrecht einem Anderen zu überlassen. Daß das Zinsrecht nur ein Nebenrecht ist, hat lediglich zur Folge, daß nach dem Wegfall der Hauptforderung Zinsen nicht mehr zur Entstehung gelangen können; die Abtrennung des Nebenrechts von dem Hauptrechte wird dadurch nicht ausgeschlossen. Daß rechtlich eine Abtrennung möglich ist, hat der erkennende Senat bereits in dem Urteil RGEntsch. 74, 78 näher dargelegt und auch für hypothekarisch gesicherte Forderungen anerkannt. Selbst darüber besteht gegenwärtig (Oberneck GBO.[4] 2, 220; Turnau-Förster[3] 2, 398 Anm. 3) kaum noch Meinungsverschiedenheit, daß über das abgetretene künftige Zinsrecht bei der Hypothek auch die Bildung eines Zweigbriefs zulässig ist. Nun ist zuzugeben, daß daraus, daß der Gläubiger sich den Zinsgenuß vorbehält, nicht ohne weiteres darauf zu schließen ist, daß das Zinsrecht von der Hypothek hat abgetrennt werden sollen. Der Vorbehalt kann auch im Sinn einer Belastung der Hypothek mit einem Nießbrauchsrecht gemeint sein, und in solchem Fall würde allerdings die Vorschrift des § 876 BGB. Anwendung finden, wonach ein Recht an einem Grundstück, das mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, nur mit Zustimmung des Dritten aufgehoben werden kann. Allein die Form des Nießbrauchs, der an die Person des Berechtigten geknüpft, nur der Ausübung nach übertragbar und wobei diese Übertragung nicht eintragungfähig ist, wird sich zur Wahrung des Gläubigerinteresses vielfach als ein unzureichendes Mittel erweisen. Zudem wird es regelmäßig sehr zweifelhaft sein, ob eine Belastung der Hypothek dem Willen der Beteiligten entsprochen hat (Predari GBO.[2] 711 Anm. 3). Im vorliegenden Fall hat, wie der Tatbestand ergibt, die verklagte Ehefrau die Hypothek zunächst ‚ohne Zinsen‘ abgetreten und sie hat dann auf richterliche Nachfrage erklärt, daß sie sich den Zinsgenuß vorbehalte. Dementsprechend lauten die Eintragungen im Grundbuch und sind auch die späteren Umschreibungen stets ‚unbeschadet des Zinsenbezugsrechts der Frau Fr.‘ erfolgt. Daß ein Nießbrauch an der Hypothek bestellt worden, ergibt hiernach das Grundbuch nicht und hierfür ist auch aus dem Vorbringen der Parteien nichts zu entnehmen.

Bei dieser Sachlage konnte die Revision keinen Erfolg haben. Ist dem Kläger die Hypothek nur in Ansehung der Hauptforderung übertragen, das Recht auf den Bezug der künftigen Zinsen aber bei der verklagten Ehefrau verblieben, so findet die Vorschrift des § 876 keine Anwendung, und es ist nicht abzusehen, inwiefern die Beklagte verpflichtet sein könnte, zu der Löschung der Hypothek in Ansehung der Hauptforderung mitzuwirken, zu der sie überhaupt nicht berechtigt ist. Die Beklagte ist die Gläubigerin der Zinshypothek als einer Teilhypothek (§ 1152 BGB.); über die Stammhypothek zu verfügen, insbesondere sie einzuziehen und deren Löschung zu bewilligen, ist allein und unbeschränkt der Kläger befugt, und zwar ohne daß ihm die Verpflichtung obliegt, gleichzeitig dem Schuldner auch Löschungsbewilligung

bezüglich der Zinshypothek zu verschaffen. Die Revision, die letzteres behauptet, übersieht, daß die Hypothek in gesetzlich zulässiger Weise geteilt und daher nicht mehr Eine Hypothek ist. Ob, was auch in andern Fällen möglich ist, aus der Teilung sich für den Grundstückseigentümer gewisse Schwierigkeiten ergeben können, ist unerheblich."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 6. Febr. 1915 in der sächs. Sache M. (Kl.) w. Fr. (OLG. Dresden). V. 417/14. Auch in RGEntsch. 86 Nr. 52 S. 218.

---

16. Die rechtskräftig zur Herstellung der Ehe verurteilte Partei kann noch auf Grund früherer Vorgänge auf Scheidung klagen.

(Vgl. 61 Nr. 96. 177.)

BGB. §§ 1353. 1567; ZPO. § 616.

Die seit dem 5. Aug. 1912 von ihrem Ehemann, dem Beklagten, getrennt lebende Klägerin ist durch Urteil des Landgerichts zu Ch. v. 9. Juli 1913 zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft rechtskräftig verurteilt worden. Sie fordert im gegenwärtigen Rechtsstreit die Scheidung der Ehe und hat dieses Verlangen in der Ber.-Instanz auf § 1568 BGB. mit der Begründung gestützt, daß der Beklagte sie vor ihrer Trennung gemißhandelt und beschimpft habe.

Das Ber.-Gericht ist, ohne auf dieses Vorbringen sachlich einzugehen, zur Abweisung der Klage auf Grund folgender Erwägungen gelangt: Die Klägerin könne die älteren, vor dem Urteil v. 9. Juli 1913 liegenden Scheidungsgründe nicht mehr geltend machen. Das eheliche Verhältnis in seiner Gesamtheit werde auch durch die Herstellungsklage zum Gegenstand des Rechtsstreits. Werde dieser Klage stattgegeben, so folge daraus, daß nicht nachträglich zur Begründung einer Klage verwertet werden könne, es sei das eheliche Verhältnis doch ein solches gewesen, daß nicht nur der auf die Herstellungsklage verurteilte Ehegatte berechtigt gewesen wäre, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, sondern sogar Scheidung zu verlangen.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht als rechtsirrig bekämpft: das Ber.-Gericht verkennt die Wirkungen der Rechtskraft einer auf Grund von § 1353 BGB. ergangenen, den verklagten Teil zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilenden Entscheidung. Allerdings stellt ein solches Urteil für die Zeit bis zur Beendigung der mündlichen Verhandlung sachlich fest, daß der Kläger die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft mit Recht gefordert hat, der Beklagte aber, selbst wenn er sich bis dahin zur Fernhaltung für berechtigt gehalten haben sollte, verpflichtet ist, diesem Verlangen nachzukommen; es erschöpft auch die Frage, ob, wenn die äußeren Voraussetzungen des Anspruchs erfüllt sind, etwa das innere Verhalten des klagenden Ehegatten oder ob sonstige in der Person des einen Teils oder beider Teile beruhende Gründe dem Klageverlangen entgegenstehen (Urt.

des 4. Zivilsen. des RG. v. 25. Sept. 1902, JW. 1902 Beil. S. 273). Es würde daher mit der Wirkung der Rechtskraft eines solchen Urteils nicht vereinbar sein, wenn in dem späteren, auf Grund von § 1567 Nr. 1 BGB. anhängig gemachten Ehescheidungsprozesse, dem dieses Urteil als Grundlage dient, auf Vorgänge aus der Zeit vor dem Abschluß der dem Urteil vorausgehenden mündlichen Verhandlung zurückgegriffen werden dürfte, um ausschließlich darauf die Annahme zu stützen, daß der verklagte Ehegatte sich trotz dem Urteil berechtigterweise von der häuslichen Gemeinschaft fernhalte. In ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts ist daher anerkannt, daß der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilte Ehegatte in dem wider ihn wegen böslicher Verlassung angestrengten Scheidungsprozesse seine Weigerung grundsätzlich nicht auf Tatsachen stützen kann, die er schon im Eheherstellungsprozeß hätte geltend machen können;

vgl. die Urteile des 4. Zivilsen. v. 5. Nov. 1908, IV. 67/08, nur teilweise abgedr. in Warneyer Erg.Bd. 1909 Nr. 111, und v. 10. Febr. 1913, IV. 629/12, abgedr. in RGEntsch. 81, 297.

Auf einem ganz andern Gebiet liegt die Frage, welchen Einfluß die rechtskräftige Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft auf einen erst später von dem verurteilten Ehegatten erhobenen Scheidungsanspruch hat, den er bereits im Herstellungsprozeß angriffsweise, durch Widerklage, hätte geltend machen können. Das Herstellungsurteil schafft Rechtskraft nur hinsichtlich der Herstellungspflicht, nicht auch hinsichtlich der von dem verurteilten Ehegatten nur zur Begründung des Rechts auf Verweigerung der Gemeinschaft etwa vorgebrachten Scheidungs- oder Anfechtungsgründe; diese können nicht als durch das Herstellungsurteil aberkannt angesehen werden (Komm. von RGRäten[2] zu § 1567 Bem. 4). Diese Auffassung hat der 4. Zivilsen. des Reichsgerichts in ständiger Rechtsprechung festgehalten;

vgl. Urt. v. 17. März 1910, IV. 291/09. abgedr. in Warneyer Erg.Bd. 1910 Nr. 223; auch Urt. v. 15. Febr. 1915, IV. 619/14, abgedr. in Warneyer Erg.Bd. 1915, Nr. 131.

Wenn auch mit der Erhebung einer auf Scheidung oder Anfechtung der Ehe gerichteten Klage oder Widerklage alle Scheidungs- wie Anfechtungsgründe, die bis zur Rechtskraft des Urteils vorgebracht werden können, rechtshängig werden, weil mit jener Klagerhebung das eheliche Verhältnis im ganzen zum Gegenstand des Streits gemacht wird, so gilt dies doch nicht auch von der Erhebung der Herstellungsklage. In dieser Beziehung und inwieweit die Rechtskraft des Herstellungsurteils auf die dem verklagten Teil zur Seite stehenden Scheidungsgründe von Einfluß ist, wird in dem angezogenen Urteil IV. 291/09 folgendes ausgeführt. Sei die Klage des Mannes auf Eheherstellung beschränkt, so sei die Beklagte nicht gemäß § 616 Satz 2 ZPO. mit dem Verlust ihres Scheidungsrechts bedroht, wenn sie unterlasse, die zur Stütze des Scheidungsverlangens dienenden Tatsachen gerade in diesem,

mit der Herstellungsklage eingeleiteten Rechtsstreit geltend zu machen, und zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, Widerklage auf Scheidung zu erheben. Der gegenteiligen Auffassung stehe § 616 ZPO. in seinem Wortlaut geradezu entgegen, sie werde auch weder durch dessen Entstehungsgeschichte noch durch innere Gründe gerechtfertigt; die Grundsätze dieser Gesetzesbestimmung könnten nicht auf einen Rechtsstreit ausgedehnt werden, der lediglich über die Verpflichtung eines Ehegatten zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft geführt werde. Denn in einem solchen werde der rechtliche Bestand der Ehe selbst nicht in Frage gestellt; im Gegenteil, gerade der Bestand der Ehe bilde die Grundlage, aus der der Herstellungskläger sein Verlangen ableite. Hieran werde auch dadurch nichts geändert, daß der andre Teil verteidigungsweise Rechtsmißbrauch behaupte oder auf ein ihm zur Seite stehendes Scheidungsrecht Bezug nehme (§ 1353 Abs. 2 BGB.). Erst wenn das Scheidungsverlangen angriffsweise im Wege förmlicher Klage oder Widerklage erhoben werde, sei das Gericht über den Bestand der Ehe zur Entscheidung berufen. Sei jenes aber nicht der Fall, so komme der dem § 616 ZPO. zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke, die Häufung von Scheidungs- und Anfechtungsprozessen über dieselbe Ehe zu vermeiden und eine einheitliche Entscheidung über ihren Bestand zu gewährleisten, nicht in Frage. — Der erkennende Senat schließt sich diesen Ausführungen an; sie sind auf den vorliegenden Fall um so gewisser anwendbar, als die Klägerin die Vorgänge, auf die sie ihr jetziges Scheidungsverlangen stützt, in dem wider sie anhängig gewesenen Herstellungsprozeß nicht einmal verteidigungsweise geltend gemacht hat, sondern in diesem Prozesse überhaupt nicht vertreten gewesen ist.

Hiernach war das Ber.-Urteil aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 26. April 1915 in der sächs. Sache Frau De. (Kl.) w. De. (OLG. Dresden). VI. 22/15.

---

17. Die Vermutung aus § 1362 BGB. gilt nur für die Gläubiger des Mannes.

Vgl. 62 Nr. 210 m. N.; auch 63 Nr. 268; 66 Nr. 191.

BGB. § 1362.

Die Beklagte hatte aus einem vollstreckbaren Urteil vom 19. Dez. 1912 wegen 10012,60 *M* nebst Zinsen und Wechselunkosten am 13. Januar 1913 bei der Ehefrau Auguste M. in B. Möbel, Pferde und Geschirre pfänden lassen. Diese Gegenstände nahm der Kläger auf Grund eines mit der Schuldnerin am 11. Nov. 1912 geschlossenen Kauf- und Mietvertrages als sein Eigentum in Anspruch; der Klagantrag ging auf Freigabe der Sachen. In 1. Instanz wurde die Entscheidung von einem Eide des Klägers abhängig gemacht, der sich auf die von der Beklagten erhobene Einrede der Anfechtung bezog.

In 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil Kläger bezüglich des Eigentums beweisfällig geblieben sei. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„— — — Kläger stützt sein Eigentum auf den mit der Schuldnerin geschlossenen Kauf- und Mietvertrag (§ 930 BGB.). Die Beklagte hat sich u. a. damit verteidigt, daß die Schuldnerin dem Kläger das Eigentum nicht habe übertragen können, weil, wie nach § 1362 Abs. 1 BGB. zu vermuten sei, das Eigentum dem Ehemanne M. zugestanden habe. Der Ber.-Richter ist der Beklagten darin beigetreten, daß die Vermutung des § 1362 zu ihren Gunsten hier Anwendung finde. Für die Forderung, wegen welcher gepfändet worden sei, hafte der Beklagten auch der Ehemann M.; daß die Pfändung nur gegen die Ehefrau erfolgt sei, stehe der Beklagten nicht entgegen, denn es handle sich hier nicht darum, ob die Beklagte ein rechtswirksames Pfandrecht erworben habe, sondern darum, ob der Kläger der Zw.-Vollstreckung widersprechen könne.

Die Revision rügt, daß § 1362 Abs. 1 auf einen Fall angewendet worden, für den er nicht gegeben sei. Diese Rüge muß für begründet erachtet werden.

Nach jener Bestimmung wird zugunsten der Gläubiger des Mannes vermutet, daß die im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören. Die Bestimmung betrifft, ebenso wie § 45 KO., den Fall, daß Forderungen gegen den Mann aus dessen Vermögen beigetrieben werden sollen. Die Gläubiger des Mannes sollen dadurch gegen die Nachteile geschützt werden, die ihnen aus der durch die eheliche Lebensgemeinschaft regelmäßig eintretenden, häufig auch von den Ehegatten absichtlich zum Zweck der Verkürzung der Gläubiger des Mannes herbeigeführten tatsächlichen Vermischung des beiderseitigen Vermögens drohen (Motive z. BGB. 4, 128). Bei dieser ganz beschränkten Tragweite der gesetzlichen Vermutung erscheint es unzulässig, sie auch in einem Falle zur Anwendung zu bringen, wo eine Forderung gegen die Frau aus deren Vermögen beigetrieben werden soll. Der Umstand, daß für dieselbe Forderung im vorliegenden Falle auch der Mann haftet, ist ohne Bedeutung; nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes kommt es nur darauf an, in welcher Eigenschaft der Gläubiger beider Eheleute seinen Zugriff nimmt, nur wo er als Gläubiger des Mannes auftritt, kann er sich auf die Eigentumsvermutung berufen. An die Möglichkeit, daß auch ein Gläubiger der Frau gelegentlich einmal ein Interesse daran haben könnte, sich auf das Eigentum des Mannes zu berufen, wie hier, wo die Widerspruchsklage eines Sondernachfolgers der Frau zu Falle gebracht werden soll, hat der Gesetzgeber gewiß nicht gedacht. Die Vermutung des § 1362 Abs. 1, die an die gegenwärtigen Besitzverhältnisse anknüpft, könnte auch kaum ohne Zwang auf einen Fall erstreckt werden,

wo darüber gestritten wird, ob die Frau zu einem bestimmten in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt Eigentümerin gewesen war. — — —

Da die Abweisung der Klage durch die Gründe des Ber.-Richters hiernach nicht getragen wird und da dieser zu den sonstigen Einwendungen der Beklagten noch nicht Stellung genommen hat, muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückverwiesen werden. — — — "

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 22. Juni 1915 in der preuß. Sache L. (Kl.) w. L.-M. (KG. Berlin). VII. 24/15.

---

18. Die Frau im gesetzlichen Güterstande kann ihr Eingebrachtes schuldrechtlich verpfänden, nicht dinglich.

Vgl. 65 Nr. 245 m. N.

BGB. §§ 1396. 1399.

Der ursprüngliche Kläger, Gutsbesitzer L. in O., lebte mit seiner Frau im gesetzlichen Güterstande. Frau L. trennte sich später von ihrem Manne. Ihr Bruder Max B. war Mitinhaber der Chemischen Fabrik G., B. & Co. in H. Um dieser Firma bei dem verklagten Bankverein Kredit zu verschaffen, verpfändete Frau L. ohne Wissen und Willen ihres Ehemannes eine zum eingebrachten Gut gehörige Hypothek von 10000 ℳ und eine ebenfalls eingebrachte Grundschuld von 6000 ℳ, zur Sicherstellung aller gegenwärtigen und künftigen vermögensrechtlichen Ansprüche des Beklagten an die oben bezeichnete Firma. Sie übergab den Hypotheken- und Grundschuldbrief dem Beklagten und bewilligte auch die Eintragung im Grundbuch, die aber unterblieben ist. Die Firma ist dann am 22. Mai 1913 in Konkurs verfallen, wobei der Beklagte mit 7920,68 ℳ in Verlust geriet. Der Ehemann L. erhob im August 1913 auf Grund seines ehemännlichen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts sowie auf Grund einer Abtretungsurkunde, die seine Ehefrau ihm am 20. August 1913 ausstellte, Klage auf Herausgabe des Hypotheken- und des Grundschuldbriefs, ist dann aber im November 1913 verstorben und von seiner Ehefrau und seiner Schwester, Frau B., den jetzigen Klägerinnen, beerbt worden. Diese setzten die Klage fort, wurden jedoch vom Landgericht abgewiesen. In 2. Instanz wurde der Beklagte verurteilt; dieses Urteil wurde indes vom Reichsgericht aufgehoben. Aus den Gründen:

„Der Revision war der Erfolg nicht zu versagen.

Die Klage, die der Ehemann L. aus eigenem Recht erhoben hatte, war nach den §§ 1396. 1412 BGB. an sich begründet, sie hat sich aber, wie der Ber.-Richter mit Recht angenommen hat, durch L.s Tod erledigt, da dessen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte persönlicher Natur waren und mit seinem Tode erloschen sind (vgl. RGEntsch. 58, 38 a. E., in SeuffA. 60 Nr. 234).

Die Ansprüche, die L. auf Grund der Abtretungsurkunde seiner Frau erhoben hatte und die nach seinem Tode an seine Erben, die beiden Kläge-

rinnen, gefallen sind, hat der Ber.-Richter im Gegensatz zum Landgericht für begründet erachtet. Er hat angenommen, daß nach § 1396 BGB. nicht nur die Verpfändung selbst, die dingliche Verfügung, sondern auch der schuldrechtliche Verpfändungsvertrag unwirksam gewesen sei und zufolgedessen auch nachträglich Rechtswirksamkeit nicht habe erlangen können. Deshalb hat er die vom Beklagten aus dem schuldrechtlichen Vertrage erhobene, vom Landgericht zugelassene Einrede der Arglist verworfen.

Die Revision hat die Annahme, daß der schuldrechtliche Verpfändungsvertrag unwirksam gewesen sei, angegriffen und dieser Angriff ist in der Tat begründet. Schuldrechtlich konnte sich Frau L. nach § 1399 BGB. verpflichten. Solange das ehemännliche Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht dauerte, durfte allerdings wegen dieser Verpflichtung nach § 1412 BGB. das eingebrachte Gut nicht in Anspruch genommen werden; nachdem aber durch den Tod des Ehemannes das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht weggefallen ist, steht der Inanspruchnahme nichts im Wege. Der § 1396 Abs. 1. 3 BGB. bezieht sich seinem Wortlaut nach, und nach ständiger Rechtsprechung, nur auf die dingliche Einigung (Verfügung);

vgl. RGEntsch. 58, 36 (SeuffA. 60 Nr. 234); 49, 416 a. E.; JW. 1911, 362[12]; auch die Motive zum BGB. 4, 229; Prot. 4, 197 f., 180.

Hiernach konnte der Beklagte dem Ehemann L., in seiner Eigenschaft als Zessionar seiner Frau, und seinen Erben gegenüber mit dem Einwande der Arglist geltend machen, daß er den Hypotheken- und den Grundschuldbrief nicht herauszugeben brauche, weil die Kläger schuldrechtlich zur Verpfändung und zur Überlassung der Briefe verpflichtet seien. Die Frage jedoch, ob ein solcher schuldrechtlicher Verpfändungsvertrag, der die Frau L. dem Beklagten gegenüber nach § 1399 BGB. zur Bestellung des Pfandrechts verpflichtete, in rechtsverbindlicher Weise zustande gekommen sei,

vgl. darüber §§ 681 f. Entw. z. BGB.; Motive 2, 684; Prot. 2, 488,

ist in den Vorinstanzen noch garnicht erörtert worden. Es ist nicht einmal ersichtlich, ob zwischen Frau L. und dem Beklagten überhaupt irgendwelche Verhandlungen gepflogen worden sind und ob nicht Frau L. lediglich auf Veranlassung ihres Bruders die Verpfändung vor dem Notar erklärt hat.

Demnach war das Ber.-Urteil aufzuheben und die Sache zur weiteren Erörterung in die Vorinstanz zurückzuverweisen."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 23. Juni 1915 in der Hamb. Sache Bk.-Verein für Schl.-H. (Bkl.) w. L. (OLG. Hamburg). V. 90/15.

---

19. Durch Scheidung der Ehe erlischt die Stellung des Mannes als Familienoberhauptes in armenpolizeilichem Sinne (Bremen).

BGB. § 1578; EinfG. Art. 103; Brem. Ges. v. 21. Jan. 1911 betr. d. armenpol. Arbeitszwang.

Die Ehe des Klägers, aus der ein im Jahr 1900 geborener Sohn hervorgegangen ist, wurde aus Verschulden des Mannes im Jahr 1910 geschieden. Der Kläger war schon vorher von Bremen nach Verden gezogen und hatte dort angeblich den Unterstützungswohnsitz erworben. Die geschiedene Frau, der gemäß § 1635 BGB. die Sorge für die Person des armenunmündigen Sohnes zusteht, behielt, wie dieser, ihren Unterstützungswohnsitz in Bremen. Sie soll in einer Reihe von Jahren vom Ortsarmenverband der Stadt Bremen unterstützt worden sein. Nach einem brem. Ges. v. 21. Januar 1911 kann der, der aus öffentlichen Mitteln Armenunterstützung erhält, zur Verrichtung von Arbeiten angehalten werden; wird eine Ehefrau oder werden eheliche Kinder unterstützt, so gilt ‚das Familienhaupt' in der Person der Angehörigen als unterstützt. Der zuständige Ausschuß für das Armenarbeitswesen in Bremen beschloß, den Kläger zu solchen Arbeiten im Armenhause anzuhalten. Auf Klage des Klägers wurde der Beschluß aufgehoben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Bremen hat durch das Ges. v. 21. Januar 1911, betr. den armenpolizeilichen Arbeitszwang, nach dem Vorbilde Hamburgs (Ges. üb. d. Armenw. v. 11. Sept. 1907), ähnlich wie später Preußen durch Ges. v. 23. Juli 1912, unter Einhaltung der ihm durch die Reichsgesetzgebung gesetzten Schranken und als eine auch nach der bremischen Verfassung zulässige Maßregel des Verwaltungszwangs, angeordnet, daß gegen denjenigen, der selbst oder in der Person seiner Ehefrau oder seiner armen, unmündigen Kinder aus öffentlichen Mitteln Armenunterstützung erhält, unter besonderen Voraussetzungen der armenpolizeiliche Arbeitszwang angewandt werden kann. Der Kläger selbst erhält unstreitig keine Armenunterstützung aus öffentlichen Mitteln, der Beklagte behauptet aber, daß seine geschiedene Ehefrau und der am 18. April 1900 in der Ehe geborene Sohn hülfsbedürftig seien und von ihr aus öffentlichen Armenmitteln unterstützt würden. Von der Erhebung der Beweise, welche die Beklagte für diese bestrittenen tatsächlichen Behauptungen angeboten hat, ist abzusehen, weil nach den besonderen Umständen des Falls der Kläger in den beiden genannten Personen nicht unterstützt werden würde.

Die Ehe des Klägers ist im Jahre 1910 rechtskräftig geschieden worden. Die Eheleute hatten vorher länger als 6 Jahre voneinander getrennt gelebt, und zwar der Mann im preuß. Kreise V., die Frau mit dem gemeinschaftlichen Kinde in Bremen. In dem Scheidungsurteil ist der Mann für den allein schuldigen Teil erklärt worden, seit der Rechtskraft des Urteils steht die Sorge für die Person des Sohnes der Mutter zu. Mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils löste sich die bis dahin zwischen den Gliedern der Fa-

milie H. vorhandene Personeneinheit im armenrechtlichen Sinn. Der bis dahin abgeleitete Unterstützungswohnsitz der geschiedenen Frau verwandelte sich kraft Gesetzes in einen selbständigen Unterstützungswohnsitz. Da die Sorge für die Person des armenunmündigen Sohnes der Mutter zusteht, so teilt dieser nach § 20 UWohnsG. seitdem nicht mehr den Unterstützungswohnsitz des Vaters, sondern den seiner Mutter. Die Einheit der Familie im armenrechtlichen Sinne ist verschwunden, und der Kläger hat, in Ansehung seiner geschiedenen Frau und seines armenunmündigen Kindes dieser Ehe, seine Stellung als Familienhaupt verloren. Der Umstand, daß er nach wie vor unterhaltspflichtig für seinen Sohn ist, und daß ihm auch die Unterhaltspflicht gegenüber seiner geschiedenen Frau nach §§ 1578. 1579 BGB. obliegt, ist nicht geeignet, ihn als Familienhaupt in diesem Sinn erscheinen zu lassen. Die durch das bürgerliche Recht geordnete Unterhaltspflicht und die aus § 62 UWohnsG. in Verbindung mit Art. 103 EinfG. z. BGB. und § 11 Ges. betr. die stadtbrem. Armenpfl. v. 25. April 1900 für den Kläger im Fall der Unterstützung seiner Angehörigen durch die stadtbremische Armenpflege sich ergebende Erstattungspflicht schaffen nicht eine Familienangehörigkeit im armenrechtlichen Sinn. Die tatsächliche und wirtschaftliche Gemeinschaft zwischen dem Kläger einerseits und seiner geschiedenen Frau und dem Kinde anderseits hat aufgehört. Es fehlt dem Kläger, der kein Bestimmungsrecht bezüglich des Aufenthalts und der Lebensführung dieser Personen hat, an jeder Verfügungsmacht nach dieser Richtung. Der Familienzusammenhang ist aufgehoben. Damit ist die tatsächliche Unterlage für die Personeneinheit im armenrechtlichen Sinn weggefallen, auf welcher die Berechtigung der Annahme beruht, daß das Familienhaupt in der Person eines Familiengliedes unterstützt werde. Das brem. Ges. v. 21. Januar 1911 findet deshalb auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Es sei noch erwähnt, daß es auch in der Begründung des Gesetzes heißt:

> vielmehr wird als weitere Voraussetzung für die Ausübung des Arbeitszwanges neben der gesetzlichen Unterhaltspflicht auch das Fortbestehen des Familienzusammenhanges gefordert.

Dieser leitende Gedanke hat durch die Aufnahme des Wortes „Familienhaupt" seinen genügenden Ausdruck in dem Gesetze gefunden." — —

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (2. Sen.) v. 25. Febr. 1915 in der Bremer Sache H. w. stadtbrem. Armenpfl. Bf. II. 229/14. A—d.

---

20. Ausschlagung der **Erbschaft** für einen **Minderjährigen; Genehmigung** des **Vorm.-Gerichts** noch nach **Ablauf** der Ausschlagungsfrist.

BGB. §§ 1944. 1822[1]. 1886.

Unter dem 30. März 1915 hat das Standesamt zu P. dem dortigen städtischen Waisengericht (Nachlaß- und Vorm.-Gericht) angezeigt, daß der Kriegsteilnehmer X. am 27. Aug. 1914 im Lazarett zu ... verstorben ist. Seine gesetzlichen Erben sind seine Witwe und beider minderjährige Tochter.

Die Witwe hat für sich und die unter ihrer mütterlichen Gewalt stehende Tochter durch einen an das Waisengericht und Nachlaßgericht gerichteten Schriftsatz v. 11. Mai 1915 die Erbschaft ausgeschlagen und dazu für ihre Tochter die vormundschaftliche Genehmigung erbeten. Dieser Schriftsatz, worin sie erklärt, sie habe am 30. März Nachricht vom Tode ihres Mannes erhalten, ist am 11. Mai bei der Behörde eingegangen und am 12. Mai dem Dezernenten vorgelegt worden. Durch Beschluß vom 7. Juni ist die erbetene Genehmigung versagt worden, weil die Ausschlagungsfrist mit dem 11. März Mai abgelaufen, die Ausschlagung der Mutter ohne die Genehmigung des Vorm.-Gerichts unwirksam sei und nunmehr auch durch nachträgliche Genehmigung nicht mehr wirksam werden könne. Die gegen diesen Beschluß eingelegte Beschwerde, in der die Witwe auch behauptet hat, daß sie erst am 31. März Kenntnis vom Ableben ihres Mannes erhalten habe, ist zurückgewiesen worden. Der Beschluß des Landgerichts läßt es dahingestellt, wann die Witwe die gedachte Nachricht erhalten habe, denn jedenfalls sei jetzt die Ausschlagungsfrist längst verstrichen und damit sei die Möglichkeit entfallen, daß die Ausschlagungserklärung noch rechtswirksam werde, zu offenbar unwirksamen Willenserklärungen habe aber das Vorm.-Gericht seine Genehmigung nicht zu erteilen. — Der weiteren Beschwerde der Antragstellerin ist der Erfolg nicht zu versagen.

Dem Landgericht ist allerdings darin beizutreten, daß das Vorm.-Gericht die bei ihm nachgesuchte Genehmigung eines Rechtsgeschäfts abzulehnen hat, wenn dessen Nichtigkeit offensichtlich ist. Wenn dagegen nur Zweifel an der Wirksamkeit bestehen, so ist die Genehmigung auszusprechen; denn wenn die Möglichkeit der Gültigkeit besteht, so darf das Vorm.-Gericht nicht durch Versagung der Genehmigung die Interessen des Mündels gefährden (Schlegelberger FGG., 114). Im vorliegenden Falle kann dem Landgericht jedenfalls nicht darin beigetreten werden, daß die Unwirksamkeit der Erbschaftsausschlagung zweifellos sei.

Nach § 1944 hat die Ausschlagung der Erbschaft binnen 6 Wochen zu erfolgen, und diese Frist beginnt zu laufen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt hat. Das Landgericht hat nun nicht festgestellt, daß die Witwe bereits am 30. März Kenntnis von dem Tode ihres Mannes erhalten habe, es hat weiter aber auch nichts darüber gesagt, wann sie erfahren habe, daß die gesetzliche Erbfolge eingetreten sei, was ebenfalls zur Eröffnung der Frist erforderlich ist (vgl. Staudinger Bem. 4b; Komm. von RGRäten Bem. 2 zu § 1944). Der Mangel dieser Feststellungen kommt im vorliegenden Falle für die Entscheidung aber nicht in Betracht. Denn einerseits sind die Ausschlagungserklärung und der zulässigerweise damit verbundene Antrag auf Genehmigung am 11. Mai, also jedenfalls innerhalb der Frist, beim Waisen- und Nachlaßgericht eingegangen, und dieser Zeitpunkt, nicht der der Vorlage beim Dezernenten, ist

maßgebend. Anderseits aber ist jedenfalls gegenwärtig die sechswöchige Frist längst abgelaufen und war es auch schon zur Zeit der landgerichtlichen Entscheidung. Es erhebt sich also die Frage, ob dann, wenn die noch nicht genehmigte Ausschlagungserklärung und der Antrag auf Genehmigung innerhalb der 6 Wochen eingegangen sind, die nach Ablauf dieser Frist erteilte Genehmigung noch die Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung herbeiführen könne.

Diese Frage ist vom Landgericht verneint worden, und derselben Ansicht ist das Kammergericht u. a. in der in RJA. 2, 216 veröffentlichten Entscheidung, ebenso Staudinger § 1831 Bem. 4a Abs. 2. Dagegen wird von einer Reihe von Schriftstellern eine entgegengesetzte Ansicht vertreten;

z. B. Eccius in GruchotsBeitr. 44, 768 ff.; Breit in ZBlffG. 4, 578 ff.; Rohde das. 10, 784 f.; Laubhardt das. 11, 200 ff. Auch der Komm. von RGRäten scheint sich der Ansicht von Eccius anzuschließen.

Wenn man berücksichtigt, daß innerhalb der 6 Wochen der Vormund oder sonstige Vertreter die Verhältnisse des Nachlasses zu prüfen und auf Grund dieser Prüfung einen Antrag auf Genehmigung an das Vorm.-Gericht zu stellen hat, daß dieses, das möglicherweise vom Nachlaßgericht verschieden ist, selbständig eine Untersuchung darüber anzustellen hat, ob die Ausschlagung im Interesse des Mündels gelegen sei, so muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß die 6 Wochen sehr häufig zur Vornahme des Erforderlichen nicht ausreichen. Dies gilt auch dann, wenn alle Beteiligten ihre Pflicht erfüllen, so daß die von Staudinger a. a. O. in Bezug genommenen Schadenersatzansprüche nicht in Betracht kommen. Die sonst auch herangezogene Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist vermag hier keine Abhülfe zu schaffen, da § 1956 BGB. voraussetzt, daß sich die Versäumung als Willensbetätigung darstellt (OLGRspr. 18, 311; RJA. 10, 246).

Gegenüber der kammergerichtlichen Rechtsprechung würde daher nach § 28 FGG. die Entscheidung des Reichsgerichts herbeizuführen sein, wenn die positive Beantwortung der bezeichneten Frage für die Entscheidung erforderlich wäre. Das ist aber nicht der Fall. Es genügt, daß sie zweifelhaft ist. Darnach hat das Vorm.-Gericht unabhängig davon, wie es selbst die Frage beantwortet, über die Genehmigung zu befinden. Ob die Ausschlagung als rechtzeitig anzusehen sei, wird in einem etwaigen Rechtsstreit von andern Gerichten und in einem andern Instanzenzuge zu prüfen sein.

Sonach sind die Beschlüsse der Vorinstanzen aufzuheben. Die abschließende Entscheidung ist aber noch nicht von hier aus zu treffen. Vielmehr ist noch zu prüfen, ob die Ausschlagung der Erbschaft dem Interesse des Mündels entspricht. Diese Prüfung hat durch das Vorm.-Gericht zu erfolgen, und dahin ist die Sache zurückzuverweisen.

Beschluß des OLG. zu Rostock (Fer.-Sen.) v. 3. Aug. 1915 i. S. 38b. G. A. 15a. K—n.

21. Auslegung der Voraussetzung eines Vermächtnisses, daß der Bedachte keinerlei Ansprüche an den Nachlaß mache.

BGB. §§ 2147. 133.

Der Kläger ist mit der einzigen Tochter des Privatmanns Kl. in W., die im Jahre 1909 gestorben ist, verheiratet gewesen und hat bis zu seinem im Jahre 1911 erfolgten Wegzuge nach L. viele Jahre lang im Hause seines Schwiegervaters gewohnt. Kl. und dessen Frau hatten ihn früher neben den Beklagten testamentarisch zu ihrem Erben eingesetzt. Am 14. Juni 1912 haben sie aber ein neues, privatschriftliches Testament errichtet, worin sie nur die beiden Beklagten zu Erben ernannt und u. a. bestimmt haben:

Diese Erben haben sich nach dem Tode des zuletzt Sterbenden von uns in unsern Nachlaß, soweit solcher noch vorhanden, gemeinschaftlich zu teilen, sollen jedoch verpflichtet sein, an unsern Schwiegersohn Fritz Hermann Kn. in L. (das ist der Kläger) 2000 M als Vermächtnis von uns zu zahlen, aber mit der Voraussetzung, wenn selbiger keinerlei Ansprüche an unsern Nachlaß macht; wenn selbiger nur die geringsten Ansprüche macht, so geht das Vermächtnis an die zwei Erben über.

Frau Kl. ist im November 1912, ihr Mann am 9. Januar 1913 verstorben. Der Kläger klagte gegen die Beklagten, die sich über den Nachlaß noch nicht auseinandergesetzt hatten, als Gesamtschuldner auf Zahlung des Vermächtnisses von 2000 M nebst Zinsen. Die Beklagten baten um Klagabweisung, weil der Kläger schon bei Lebzeiten Kl.s nach dem Tode seiner Schwiegermutter verschiedene, nach der Ansicht Kl.s ungerechtfertigte Ansprüche erhoben habe, mit solchen auch nach dem Ableben seines Schwiegervaters in einem Briefe v. 16. Januar 1913 hervorgetreten sei und damit das Vermächtnis verwirkt habe. — Das Landgericht wies auf Grund dieser Einwendung die Klage ab. Das Oberlandesgericht dagegen verurteilte mit folgender Begründung:

„Das Landgericht hat den Kläger des Vermächtnisses für verlustig erklärt, weil er nach dem Tode seines Schwiegervaters in seinem Briefe v. 16. Januar 1913 den Beklagten G. aufgefordert hat, einige ihm gehörige, in der Kl.schen Hinterlassenschaft befindliche Gegenstände herauszugeben. Dabei ist es aber von einer unzutreffenden Auslegung des Testaments der Eheleute Kl. ausgegangen. Wenn testamentarisch die Wirksamkeit der Aussetzung eines Vermächtnisses davon abhängig gemacht ist, daß der Bedachte keinerlei Ansprüche an den Nachlaß erhebt, so sind darunter in der Regel nur erbrechtliche Ansprüche zu verstehen, wie sich daraus ergibt, daß der Erblasser mit einer derartigen Bestimmung den Zweck zu verfolgen pflegt, die Befolgung seiner letztwilligen Anordnung sicherzustellen und einen Streit um das Erbrecht auszuschließen. Es kann im Zweifel nicht als sein Wille angesehen werden, daß die Verwirkung auch dann eintreten soll, wenn der Bedachte ihm zustehende dingliche oder obligatorische Ansprüche geltend macht, etwa ein dem Erblasser geliehenes Buch oder ein ihm gewährtes Darlehn zurückhaben

will, die aus seinen Mitteln verlagsweise bezahlten Begräbniskosten erstattet verlangt oder die Rückgabe eines bei Lebzeiten des Erblassers versehentlich in dessen Wohnung zurückgelassenen Gegenstandes fordert. Wer sich auf den Eintritt der Verwirkung bei der Erhebung andrer als erbrechtlicher Ansprüche beruft, muß daher beweisen, daß in dem gegebenen Fall sich nach dem Willen des Testamentserrichters die Klausel auch auf solche andre Ansprüche beziehen soll. Hiernach ist es Sache der Beklagten, darzutun, daß die Eheleute ..!. durch die in Frage stehende Testamentsbestimmung den Kläger nicht nur von der Erhebung erbrechtlicher Ansprüche, sondern auch von Ansprüchen, wie er sie in seinem Briefe v. 16. Januar 1913 geltend gemacht hat, also von Eigentumsansprüchen auf Herausgabe ihm gehöriger, im Nachlasse befindlicher Sachen, haben abhalten wollen. Diesen Beweis haben sie nicht erbracht.

Zu dem gleichen Ergebnis würde übrigens auch dann zu gelangen sein, wenn die Verwirkungsklausel in dem ihr von den Beklagten beigelegten Sinne zu verstehen wäre, denn die Verwirkung setzt, da der Erblasser mit der Klausel eine Auflehnung gegen seine testamentarische Anordnung bestrafen will, ein **bewußtes** Zuwiderhandeln gegen seinen letzten Willen voraus. Demgemäß bestimmte auch § 2148 sächs. BGB., daß die Anordnung, der Bedachte solle im Fall der Anfechtung des letzten Willens die Zuwendung nicht erhalten, keine Wirkung habe, wenn bloß über die Echtheit oder den Sinn des letzten Willens gestritten werde. Im gegenwärtigen Fall würde nun eine bewußte Zuwiderhandlung nicht schon dann vorliegen, wenn der Kläger, als er den Anspruch auf Rückgabe einiger ihm gehöriger Sachen erhob, von der in dem Testament enthaltenen Verwirkungsklausel Kenntnis gehabt hätte; dazu wäre vielmehr noch weiter erforderlich, daß er sie in derselben Weise wie die Beklagten ausgelegt, also auch auf die Geltendmachung solcher dinglichen Ansprüche bezogen hätte. Daß er das nicht getan hat, kann aber keinem begründeten Zweifel unterliegen. Sonst würde er nicht wegen jener geringwertigen Gegenstände, mögen sie 20 bis 25 ℳ, wie er angibt, oder 70 ℳ, wie die Beklagten behaupten, wert gewesen sein, sich der Gefahr ausgesetzt haben, das Vermächtnis von 2000 ℳ zu verlieren. — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 26. Febr. 1914 i. S. Kn. w. G. und Gen. 5 O. 67/13. F—ch.

22. Bedeutung des Konnossements beim Stückgütervertrage*; Freizeichnung von Verschulden des Schiffers gegenüber dem Bekenntnis des Empfangs guter Ware**.

*Vgl. 52 Nr. 102. — **Vgl. 63 Nr. 68 m. N.

HGB. §§ 606. 651; BGB. § 157.

Ein Dampfer der verklagten Reederei hatte für die Klägerin Mais von Hamburg nach Rostock gebracht, der hier in beschädigtem Zustande ankam. Der Mais war in H. von einem andern Dampfer mittels einer Schute nach

dem Dampfer der Beklagten übergeführt und zum Teil hierbei durch überspritzendes Elbwasser naß geworden. Der trocken übernommene Teil soll dadurch durchfeuchtet sein, daß der Kapitän den naß übernommenen Mais auf den trockenen schütten ließ. Für diesen Teil verlangte die Klägerin Ersatz. — Im übrigen aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Klägerin macht die verklagte Reederei in erster Linie auf Grund der Bestimmungen über den Frachtvertrag nach § 606. 613 und 486 HGB. für den Schaden verantwortlich, der ihr an der dem Dampfer der Beklagten übergebenen Maisladung in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung durch eine auf Verschulden des Kapitäns zurückzuführende Beschädigung entstanden sein soll. Entgegen den Ausführungen der Beklagten ist davon auszugehen, daß der Transport auf Grund eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Frachtvertrages ausgeführt ist, so daß diese sich als Befrachter und Verfrachter gegenüberstehen — — —. Die Klägerin steht der Beklagten aber nicht nur als Befrachter, sondern auch als Empfänger kraft des für sie ausgestellten Konnossements gegenüber, und in diesem hat das Schiff sich frei gezeichnet von der Haftung für Verschulden des Kapitäns und der Mannschaft. Es fragt sich daher, ob dieser Befreiungsklausel gegenüber die Klägerin sich darauf berufen kann, daß sie lediglich in dem Konnossement enthalten ist, während der Frachtvertrag nichts darüber besagt.

Nach § 651 Abs. 1 HGB. ist für das Rechtsverhältnis zwischen dem Verfrachter und dem Empfänger der Güter das Konnossement maßgebend; daneben ist aber in Abs. 3 hervorgehoben, daß für das Rechtsverhältnis zwischen Verfrachter und Befrachter die Bestimmungen des Frachtvertrages maßgebend bleiben. Ob unter den „Bestimmungen des Frachtvertrags" überhaupt die gesetzlichen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über den Frachtvertrag und nicht vielmehr nur der vertragmäßig vereinbarte Inhalt zu verstehen sind, kann fraglich erscheinen. — — — Die Beantwortung der aufgestellten Frage kann aber unterbleiben, weil hier anzunehmen ist, daß der zwischen den Parteien bestehende Frachtvertrag durch die Bestimmungen des Konnossements ergänzt worden ist. Es handelt sich nicht um einen Chartervertrag, sondern um einen Stückgütervertrag. Die Klägerin hat nicht den Dampfer des Beklagten für die Fahrt nach R. gechartert, sondern der Beklagten die Beförderung einer Partie Mais von H. nach R. mit einem ihrer Tourendampfer übertragen, wie denn auch eine Chartepartie nicht ausgestellt ist. Im Stückgüterverkehr vertritt nun in der Regel, wie in der Rechtslehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt ist,

vgl. Boyens Seer. 2, 347; Schaps § 651 Anm. 17 und § 642 Anm. 2 Note 2; Sieveking 68; ROHG. 17, 72,

das Konnossement die Urkunde über den Frachtvertrag und nimmt den Inhalt des letzteren in sich auf, so daß bei abweichendem Inhalt das jüngere Konnossement dem Frachtvertrag vorgeht. Dies erklärt sich aus der Art, wie der Stück-

güterverkehr sich vollzieht (Boyens 2, 95 unter 8). Er wird meistens von den regelmäßig von Ort zu Ort verkehrenden Dampfern besorgt; die Vertragsbedingungen pflegen entweder durch Veröffentlichungen besonderer Tarife der Reedereien oder ihrer gebräuchlichen Konnossementsformulare bekannt zu sein. Es bedarf daher im Einzelfall nicht der Aufstellung besonderer Vertragsabreden; der Vertrag wird durch bloße Anmeldung und Annahme der Güter für das nächste oder folgende Reihenschiff geschlossen. Ganz ähnlich ist unter den Parteien verfahren. Die Frachtsätze sind unter ihnen durch eine Vereinbarung von 1904 über ihre Geschäftsverbindung generell festgelegt; der einzelne Frachtvertrag ist dadurch geschlossen, daß von den zu befördernden Gütern der Beklagten oder dem H. er Agenten oder dem Kapitän Mitteilung durch die Klägerin oder ihren H.er Agenten gemacht wurde. Eine schriftliche Urkunde über das einzelne Frachtgeschäft wurde nicht aufgesetzt, sondern man verließ sich auf die Üblichkeit. Zu dieser Üblichkeit aber gehörte, daß stets ein Konnossement ausgestellt wurde, und dieses Konnossement enthält eine Regelung aller der Punkte, welche bei einem Frachtgeschäft der hier in Rede stehenden Art bedacht werden müssen. Das Konnossement ist ein ausgefülltes gedrucktes Formular, das von der verklagten Reederei für die von ihr eingerichtete ‚regelmäßige Dampfschiffsverbindung H.—R. und vice versa' verwendet wird und in keiner Bestimmung handschriftlich geändert ist. Bei der jahrelangen Geschäftsverbindung zwischen den Parteien ist ohne weiteres davon auszugehen, daß der Klägerin der Inhalt der in dem Betriebe der Beklagten gebräuchlichen Konnossemente, da ja bei jeder Ausführung eines Transports für sie das Konnossement in ihre Hände kam, durchaus bekannt war.

Unter diesen Umständen ist die Annahme gerechtfertigt, daß die sonst im Handelsverkehr geltende Regel auch das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien beherrscht. Daß in der Tat die Maßgeblichkeit des Konnossements für das Frachtgeschäft der Parteien auch dem Willen der Klägerin entspricht, folgt daraus, daß diese in ihrem Schreiben vom Februar 1904 ausdrücklich ausbedingt, die offerierten Frachtsätze sollten auch dann zwischen ihnen gelten, wenn im Konnossement eine höhere Fracht angegeben sei. Dieser Hervorhebung hätte es nicht bedurft, wenn die Klägerin von der Auffassung ausgegangen wäre, daß sie gegen ihr nachteilige Bestimmungen der Konnossemente durch die Berufung auf den Frachtvertrag ohne weiteres geschützt, daß das Konnossement ihr als Befrachterin gegenüber ohne rechtliche Bedeutung sei. Wenn sie noch geltend macht, daß sie auf die Abfassung des Konnossements keinen Einfluß gehabt habe, da es von dem Schiffer dem Ablader ausgestellt sei, so kann allerdings die Richtigkeit der Ansicht von Sieveking S. 66 (vgl. auch Schaps Anm. 5 in den Vorbemerkungen vor § 556), daß bei der Erteilung und der Entgegennahme des Konnossements der Ablader stets als Vertreter des Befrachters handle, Bedenken erregen. Diese Vertreterstellung wird ihm vielmehr mit Boyens S. 83/84 und der Entscheidung des

RG. in HansGZ. 1892 Nr. 47 S. 137. 139 nur insoweit zuzusprechen sein, als es sich um die Anlieferung (Abladung) der Güter handelt. Aber darauf kommt es hier nicht an, da nach dem Willen der Parteien das Konnossement zugleich den Frachtvertrag ersetzt. Zwar würde es der Klägerin nicht nachteilig sein, wenn unerwartet von der Beklagten erschwerende Bedingungen für die Stückgüterfracht eingeführt wären ohne daß ihr diese bekannt gegeben wären (s. Boyens 96), aber eine derartige Behauptung hat sie nicht aufgestellt, und die hier in Rede stehende Befreiungsklausel steht in dem gedruckten Teil des Konnossements.

Hiernach muß die Klägerin auch als Befrachterin den Inhalt des Konnossements gegen sich gelten lassen. Daß der Verfrachter und Reeder rechtswirksam seine Haftung für Verschulden des Schiffers und der Mannschaft im Frachtvertrag ausschließen darf, und zwar auch für ein positives, deliktisches Verschulden nach § 485 HGB., ist bei dem anerkannten Grundsatz der Vertragsfreiheit jetzt außer Zweifel (vgl. Schaps § 606 Anm. 52, § 485 Anm. 9); dem aus § 606 HGB. geltend gemachten Schadenersatzanspruch steht daher die Freizeichnung im Konnossement mit Erfolg entgegen, und aus demselben Grunde kann von einem solchen Anspruch auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 485 nicht die Rede sein.

In zweiter Linie stützt die Klägerin ihre Forderung auf das in dem Konnossement enthaltene, von dem Vertreter der Beklagten abgegebene Bekenntnis, die Ladung in gutem Zustand empfangen zu haben, und die damit verbundene selbständige Verpflichtung der Beklagten, die Ladung so, wie in dem Konnossement bescheinigt, abzuliefern, trotzdem das Bekenntnis der Wahrheit nicht entsprach. Indes, wenn die Beklagte auch nicht, wie sie meint, gegen die Folgen einer bei Unterzeichnung des Konnossements begangenen Nachlässigkeit des Schiffers geschützt sein würde, weil die Befreiungsklausel nur auf Verschulden in der unmittelbaren Fürsorge für die Ladung und in der Leitung des Schiffes zu beziehen ist (vgl. Boyens 2, 223), so kommt sie ihr doch, da nach § 651 Abs. 1 HGB. die Ablieferung der Güter von dem Empfänger nach dem Inhalt des Konnossements zu erfolgen hat, bei der Ablieferung zu statten. Bei der Bescheinigung, die Ladung in gutem Zustand erhalten zu haben, handelt es sich lediglich darum, welches die infolge der Übergabe der Güter an den Schiffer geschuldete Leistung ist, d. h. wie kraft des Bestimmungsrechts der Beteiligten der Gegenstand der Leistung in dem maßgebenden Schriftstück zunächst festgesetzt ist. Als Ware, deren Ablieferung der Schiffer übernommen hat, soll eine Ware in gutem Zustande gelten. Daraus folgt, daß er oder der Verfrachter an sich verpflichtet ist, eine solche Ware zu liefern, und sich nicht darauf berufen kann, daß er mangelhafte Ware erhalten habe. Wohl aber kann der Verfrachter einwenden, daß die Güter, wenn sie in beschädigtem Zustand ankommen, durch einen nach der Verschiffung eingetretenen Unfall, der nicht zu seiner Verantwortung steht, z. B.

unter eine Befreiungsabrede fällt, beschädigt seien (vgl. Sieveking 304 unt. 2). Solchenfalls handelt es sich um den weiteren Schuldinhalt, auf den sich das Empfangsbekenntnis nicht bezieht. Das Empfangsbekenntnis steht daher, da die Klägerin die Beklagte nicht verantwortlich machen will für den bereits in nassem Zustand angelieferten Teil der Maisladung, sondern für die Beschädigung, die der trockene Teil derselben nach der Übernahme durch das Verhalten des Kapitäns erlitten hat, der Geltendmachung der Befreiungsklausel nicht entgegen."

Urteil des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 29. Januar 1915 i. S. F. w. S. Sa. 504/14. K—n.

II. Verfahren.

23. Erstattungsfähigkeit der Kosten zweier Anwälte im Mahn- und Widerspruchsverfahren.

Vgl. 68 Nr. 109 m. N.
ZPO. §§ 91 Abs. 2, 694.

Mit Unrecht hat die Vorinstanz von der Rechnung der Klägerin 53,70 ℳ der für das Mahnverfahren berechneten Kosten gestrichen. Der Klägerin stand, auch wenn die Beklagte die Forderung bestritten haben sollte, das Recht zu, ihren Anspruch im Wege des Mahnverfahrens zu verfolgen und sich hierbei der Hülfe eines an ihrem Wohnorte Leipzig ansässigen Anwalts zu bedienen. Trat dann für sie infolge des Widerspruchs der Beklagten die Notwendigkeit ein, einen beim Prozeßgericht in Bremen zugelassenen Anwalt mit ihrer weiteren Vertretung zu beauftragen, so sind die Kosten beider Rechtsanwälte von der Beklagten nach der Vorschrift im 2. Satze des § 91 Abs. 2 ZPO. zu erstatten, weil solchenfalls das Eintreten eines Wechsels in der Person des Vertreters unvermeidlich war, die dadurch hervorgerufenen Mehrkosten mithin als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig anzusehen sind. Der angefochtene Beschluß war demnach aufzuheben und der eingelegten Erinnerung, wie geschehen, Folge zu geben. — — —

Beschluß des OLG. zu Hamburg (Fer.-Ziv.-Sen.) v. 11. Aug. 1915 in der Brem. Sache B. w. H. Bs. Z. I. 82/15. B.

---

24. Widerspruchsklage gegen die Pfändung; Rechtsverhältnis des Treuhänders.

Vgl. 69 Nr. 260 m. N.; auch 68 Nr. 78; 70 Nr. 215.
ZPO. § 771; BGB. § 675.

Die in Zahlungsschwierigkeiten geratene Decken-Gesellschaft m. b. H. in M. hatte am 6. Mai 1914 mit der klagenden Treuhand-Aktiengesellschaft einen Vertrag geschlossen, wonach diese für sie einen außergerichtlichen Vergleich mit ihren Gläubigern versuchen sollte. Zu diesem Zweck wurden der

Klägerin u. a. die sämtlichen zur Zeit vorhandenen Außenstände, die noch entstehenden Forderungen und alle sonstigen Rechtsansprüche irgendwelcher Art, und zwar die bestehenden und in Zukunft entstehenden nebst den vorhandenen Vorräten, Arbeitsgerätschaften ꝛc. zu treuen Händen behufs Verwertung zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger übertragen. Als ein Gläubiger der ersterwähnten Gesellschaft gegen sie eine Forderung pfänden und sich überweisen ließ, klagte die Treuhand-Gesellschaft gegen ihn mit dem Antrage, die Unzulässigkeit dieses Vorgehens festzustellen. — Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Durch den erwähnten Vertrag ist ein Treuhänderverhältnis der Klägerin zur Massivdecken- und Plattenkanal-Gesellschaft begründet worden. Die Übertragung ist nur zu einem bestimmten Zweck erfolgt, nämlich behufs Beitreibung der Forderungen und Befriedigung der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft. Klägerin hat das Recht also nicht übertragen erhalten, um darüber nach eigenem Ermessen als über ihr eigenes zu verfügen, sondern zur Verwertung für den vertraglich festgelegten Zweck. Es handelt sich also um ein fiduziarisches Geschäft, um eine Übertragung, die nicht einen Vermögenszuwachs für den Empfänger bezweckte, sondern lediglich im Interesse der übertragenden Ges. m. b. H. und ihrer Gläubiger vorgenommen wurde.

In Fällen solcher Art hat das Reichsgericht in ständiger Praxis angenommen, ‚daß in Wahrheit nichts übertragen werde‘, daß der rein ‚formellen‘ Übertragung in Wirklichkeit nur ein Auftrag- und Vollmachtverhältnis zugrunde liege, daß der Treuhänder zwar formell juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich das Recht erworben habe, dies vielmehr ein Vermögensbestandteil des Treugebers geblieben sei;

vgl. RGEntsch. 45, 80 (SeuffA. 55 Nr. 191); 52, 218/19; 53, 418; 72, 116.

Es hat deshalb ausgesprochen, daß dem Treugeber im Konkurse des Treuhänders ein Anspruch auf Aussonderung der übertragenen Sachen zustehe, und daß ihm gegen Vollstr.-Gläubiger des Treuhänders, welche zu treuen Händen übertragene Vermögensstücke in Anspruch nehmen, da solchen nicht mehr Rechte zustehen könnten als dem Treuhänder selbst, die Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO. zustehe. Hieraus folgt, daß umgekehrt dem Treuhänder ein Widerspruchsrecht gegen Vollstreckungen in das Treugut seitens der Gläubiger des Treugebers nicht zustehen kann;

vgl. RGEntsch. 79. 122/3; JW. 1910, 4; 1912, 645; Recht 1912 Nr. 1532. 1551.

Der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist auch sonst in der Gerichtspraxis und insbesondere in der Literatur vielfach beigepflichtet worden;

vgl. u. a. SeuffA. 65 Nr. 109; Gaupp-Stein ZPO. Bem. II 1 a zu § 771; Hein Zw.-Vollstr.[2] 136; Dernburg B.R[3] § 172 S. 565 III. Ritter HGB. Bem. 12 zu § 369; und insb. Jaeger KO. § 43 A. 38 ff; Grünschild Treuhänderschaft 13. 17;

wenn auch, insbesondere unter Hinweis auf die abstrakte Natur der Abtretung von andrer Seite Bedenken erhoben wurden;

vgl. u. a. Oertmann Schuldverh. Vorb. 3 vor § 398; Staub HGB. Erk. zu § 350 Anm. 19, aber auch Anm. 112 zu § 368 S. 389; Staudinger BGB.$^{7/8}$ Vorbem. 5^{c} vor § 164 S. 614, aber auch Bem. 5 zu § 398 S. 452; Schönh in ArchBürgR. 35, 329; Fischbach Treuhänder, 190. 193.

Das Ber.-Gericht trägt kein Bedenken sich der Rechtsauffassung des Reichsgerichts anzuschließen. Sie entspricht den Bedürfnissen des Verkehrs, wie er sich in dieser Richtung entwickelt hat und führt allein zu sachlichen, gerechten Ergebnissen.

Es kann nicht geleugnet werden, daß der Treugeber trotz der äußerlich vollzogenen Rechtsübertragung nicht auf alle seine Rechte aus dem übertragenen Gut verzichten will, ‚daß er eine dingliche Rechtsmacht zurückbehält, die er, wenn der Treuhänder in andrer als der festgesetzten Weise verfährt, ihm gegenüber geltend machen will‘, und die er auch geltend machen können muß, wenn Gläubiger des Treuhänders das übertragene Rechtsgut für sich in Anspruch nehmen. Dasselbe Recht muß aber auch den Gläubigern des Treugebers zur Seite stehen, wenn man zu billigen Ergebnissen gelangen will. Namentlich in Fällen, wie dem hier der Entscheidung zugrunde liegenden, sind die Gläubiger des Treugebers keineswegs an die Abmachungen ihres Schuldners mit dem Treuhänder gebunden. Sie können nicht gezwungen werden, sich an dem vorbeugenden Vergleich zu beteiligen, und es kann ihnen nicht verwehrt werden, sich an das — wenn auch formell — einem Dritten übertragene, tatsächlich aber noch im Vermögen ihres Schuldners befindliche Vermögen zu halten. Wenn die Gläubiger des Treugebers sich entschließen, an dem angestrebten Vergleich sich nicht zu beteiligen, ist der Zweck der Rechtsübertragung zu treuen Händen ohne weiteres vereitelt. Das Auftrag- und Vollmachtverhältnis ist — wie auch im Vertrage v. 6. Mai 1914 vorgesehen — beendet; eine Intervention des Treuhänders gemäß § 771 ZPO. wäre von diesem Augenblick an, weil durch keinerlei Interesse desselben gedeckt und gegen die Interessen des Auftraggebers und seiner Gläubiger gerichtet, mit dem materiellen Recht nicht verträglich.

Dem Treuhänder steht somit kein ‚die Veräußerung hinderndes Recht an dem Gegenstand der Zw.-Vollstreckung i. S. des § 771 ZPO.‘ zu. — — —

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 27. März 1915 i. S. Treuhandgesellschaft ... w. S. L 31/15. P.

25. Wirkung des Beschlusses, gewisses Zubehör von der Versteigerung des Grundstücks auszuscheiden; Widerspruchsrecht des ausgefallenen Realgläubigers gegen die Fortschaffung des Zubehörs.

Vgl. 61 Nr. 28. 265; 62 Nr. 124; 66 Nr. 13; 69 Nr. 226; auch 57. 143; 66 Nr. 249; 68 Nr. 207. 249.

ZVG. §§ 65. 91.

Der Gasthofbesitzer D. R. zu A. hatte eine Reihe von Gegenständen, die sich als Zubehör des Gasthofs auf seinem Grundstück befanden, am 9. Jan.

1913 an den Kläger als Sicherheit für dessen Forderungen zu Eigentum übertragen, die Sachen waren aber auf dem Grundstück verblieben. Als dieses in Zw.-Versteigerung geriet, wurden sie nicht mit versteigert, indem die Zw.-Versteigerung bezüglich ihrer auf Antrag des Klägers durch Beschluß des Vollstr.-Gerichts vorläufig eingestellt wurde. Sie befanden sich noch auf dem Grundstück, als der Beklagte es in der Zw.-Versteigerung erstand, seiner Angabe nach als Treuhänder verschiedener Realgläubiger, die in der Zw.-Versteigerung ausfielen, darunter der W.schen Erben, deren Hypotheken bereits bestanden hatten als die Übereignung des Zubehörs an den Kläger erfolgt war. Der Kläger erhob Klage auf Herausgabe des Zubehörs: der Beklagte habe in 1. Instanz erklärt, daß er die Zw.-Vollstreckung in die Gegenstände weder betreibe noch betreiben wolle. In 2. Instanz überreich'e er eine notarielle Urkunde, worin O. N. sich der Zw.-Vollstreckung in die Zubehörgegenstände unterwirft. — Die Klage wurde in der Ber.-Instanz aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Mit Recht nimmt das Landgericht an, daß das Zubehör, das zufolge des Beschlusses des Vollstr.-Gerichts von der Versteigerung ausbeschieden war, nicht in das Eigentum des Erstehers übergegangen ist und daß es von der Haftung für die in der Zw.-Versteigerung zur Hebung gelangten Realrechte frei geworden ist. Die zwischen den Berechtigten und dem Ersteher getroffene Vereinbarung, daß diese Rechte bestehen bleiben sollen, wirkt gemäß § 91 Abs. 3 ZVG. wie die Befriedigung aus dem Grundstück.

Anderseits ist mit dem 1. Richter davon auszugehen, daß zugunsten der in der Zw.-Versteigerung ausgefallenen Gläubiger die Haftung des Zubehörs auch nach dem Zuschlag von Bestand geblieben ist. Weder durch die Ausbescheidung von der Versteigerung, die dem Grundstücksinventar für die Folgezeit die Eigenschaft als Zubehör entzog, noch durch den Zuschlag, der das Erlöschen der Rechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen, gemäß § 91 Abs. 1 ZVG. herbeiführt, ist die durch § 1120 BGB. angeordnete dingliche Haftung der Zubehörstücke beseitigt worden. Der erste Umstand ist einflußlos, weil die Aufhebung der Zubehöreigenschaft nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungmäßigen Wirtschaft erfolgt ist, eine Veräußerung und Entfernung vom Grundstück aber nicht vorliegt; und der Zuschlag, der sich auf das versteigerte Grundstück beschränkt, kann seine, die nichtbefriedigten Rechte zum Erlöschen bringende Wirkung nicht auf Gegenstände erstrecken, die vom Zuschlag ausgenommen sind. In diesem Sinne hat sich das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen (vgl. Entsch. 55, 416; JW. 1911, 46[35]; Gruchot 48, 1067) und die weitaus überwiegende Meinung in der Rechtslehre und Rechtsprechung,

vgl die Anführungen bei Jaeckel ZVG. § 65 Anm. 1; ferner Falkmann Zw.-Vollstr.[2] 616 unter e und 618 unter 5; sowie OLGRspr. 30, 103,



hat sich ihm trotz des von Eccius bei Gruchot 48, 470 und von dem OLG. Kassel in OLGRspr. 11, 137 geltend gemachten Widerspruchs angeschlossen.

Fehlsam ist es aber, wenn der 1. Richter nun unter Bezugnahme auf die eben erwähnte Entscheidung in RGEntsch. 55, 416 weiter annimmt, daß die Rechte der ausgefallenen Realgläubiger auf die von der Versteigerung ausbeschiedenen Zubehörstücke sich in der Befugnis erschöpften, die Zw.-Vollstreckung in sie zu betreiben. Diesen Satz spricht das Reichsgericht dort keineswegs aus, sondern es sagt im Gegenteil (S. 417), daß die Hypothek an den fraglichen Sachen nicht erloschen sei und daß das Eigentum des Dritterwerbers durch die Belastung mit dem Hypothekenrecht der Realgläubiger auch fernerhin beschränkt sei. Dementsprechend ist für die Rechtsstellung der ausgefallenen Realgläubiger in bezug auf die streitigen Sachen der gleiche Charakter in Anspruch zu nehmen wie für die Grundstückshypothek oder -Grundschuld, nämlich der Charakter einer dinglichen Belastung der Sachen, derzufolge diese zu ihrer Befriedigung dienen sollen. Es ist ferner unzutreffend, wenn der 1. Richter im Anschluß an die Entscheidung des Kammergerichts in OLGRspr. 30, 103 — die übrigens nur nebenher sich über die in Rede stehende Frage ausspricht, aber auf einer andern Begründung beruht — zu der Ansicht gelangt, daß der Realgläubiger, solange er nicht die Zw.-Vollstreckung betreibe, dem Herausgabeanspruch des Eigentümers ein an den Zubehörstücken fortbestehendes hypothekarisches Recht nicht entgegensetzen könne. Letzteres gewährt zwar kein Recht auf den Besitz der Sachen, aber daraus folgt noch nicht, daß sein dingliches Befriedigungsrecht auch dann vor dem Recht des Eigentümers zurücktreten müßte, wenn dessen widerspruchlose Verfolgung jenes zerstören würde. Mit dem Reichsgericht a. a. O. S. 417 ist vielmehr anzunehmen, daß solchenfalls der Eigentümer einen weitergehenden Anspruch als den auf Anerkennung seines Eigentums nicht hat, weil der Realgläubiger vorerst wegen seines hypothekarischen Rechts die Befriedigung aus den Zubehörstücken verlangen kann. In dem damaligen Fall hatte der Realgläubiger zwar wegen seiner persönlichen Forderung einen vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner und Grundstückseigentümer erlangt und klagte gleichzeitig gegen den Eigentümer der Zubehörstücke auf Duldung der Zw.-Vollstreckung in diese. Aber die Entscheidungsgründe legen darauf, soweit es sich um den Ausspruch auf den Herausgabeanspruch des Zubehöreigentümers handelt, kein Gewicht, sondern verneinen das Recht auf Herausgabe um deswillen, weil diesem Verlangen das fortbestehende dingliche Befriedigungsrecht des Gläubigers entgegenstehe. Ob das letztere zwangweise geltend gemacht wird, darauf kann es nicht ankommen, weil das hypothekarische Recht sich nicht erschöpft in der Befugnis, die Zw.-Vollstreckung in bevorzugter Weise zu betreiben, sondern auch in andrer Weise gegen Gefährdung geschützt ist, solange es besteht. Der § 1134 BGB. gibt dem Hypothekar, auch ohne daß er die Beschlagnahme erwirkt oder einen Zw.-Vollstr.-Titel erlangt hat, einen An-

spruch auf Unterlassung, wenn der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise einwirkt, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist. Ebenso muß der ausgefallene Realgläubiger gegen eine Einwirkung auf die sein einziges Sicherungsobjekt gebliebenen Zubehörstücke geschützt werden, die diese seinem hypothekarischen Recht entzieht und letzteres wertlos macht. Wenn man auch die Vorschrift des § 1135, die sich zunächst auf das im Zusammenhang mit dem Grundstück haftende Zubehör bezieht, nicht für anwendbar erachtet, so ist der Realgläubiger doch berechtigt, der Herausgabe an ihren Eigentümer zu widersprechen, wenn diese, wie im vorliegenden Fall, ihre Entfernung vom Grundstück in sich schließt, denn nach § 1121 BGB., der auch für die von der Zw.-Versteigerung ausbeschiedenen Zubehörstücke Geltung hat,

vgl. Planck § 1147 Anm. 1c; Komm. von RGRäten § 1147 Anm. 3; Hartmann in ZZP. 38, 151; Reinhardt im Recht 1907, 356,

erlischt die dingliche Haftung des Zubehörs, wenn es veräußert und von dem Grundstück entfernt wird. Ob dieses Widerspruchsrecht dem Realgläubiger nutzen könnte, wenn der Ersteher auf Grund seines selbständigen Eigentums am Grundstück das Verbleiben auf demselben nicht dulden will, braucht hier nicht untersucht zu werden, da im vorliegenden Fall beide Personen zusammenfallen. Der auf dem Fortbestehen des gefährdeten hypothekarischen Rechts beruhende Anspruch auf Unterlassung der Fortnahme der Sachen gestaltet sich demgemäß gegenüber der Klage auf Herausgabe zu einem Recht, diese Herausgabe zu verweigern, ohne daß dafür erforderlich wäre, daß dem Beklagten ein vollstreckbarer Titel zur Seite stände. Einer Prüfung der Rechtsbeständigkeit und Ausreichlichkeit des von dem Beklagten in der Ber.-Instanz vorgelegten Vollstr.-Titels bedarf es hiernach nicht, und ebenso ist es gleichgültig, daß der Beklagte in 1. Instanz erklärt hat, er beabsichtige nicht, die Zw.-Vollstreckung zu betreiben, und ob der Kläger ihn an dieser Erklärung festhalten kann. Eine andre Frage ist, ob der Kläger die rechtliche Möglichkeit hat, ihn zur exekutivischen Geltendmachung seines Rechts zu nötigen, und mit Rücksicht darauf, daß die Sachen die Zubehöreigenschaft verloren haben, kraft seines Eigentums ihm die Benutzung der Sachen für den Hotelbetrieb untersagen kann. Darauf ist hier nicht einzugehen. Sein Verlangen auf Herausgabe ist jedenfalls nach dem Gesagten nicht begründet.

Vorausgesetzt ist bei den vorstehenden Ausführungen, daß das klägerische Eigentum durch die hypothekarischen Rechte, zu deren Gunsten der Beklagte als Treuhänder berufen ist, wirklich belastet ist, daß also diese Realrechte bereits begründet waren, als der Kläger die Zubehörstücke zu Eigentum erwarb. Streitlos ist jetzt, daß mindestens die Posten Bl. 24—27, von denen feststehendermaßen die Bl. 25—27 in der Zw.-Vollstreckung ausgefallen sind, am 9. Jan. 1913 bereits eingetragen waren. Es genügt aber zur Entkräftung des klägerischen Anspruchs, daß der Beklagte, sei es auch nur rücksichtlich eines einzigen

Postens, kraft des dinglichen Befriedigungsrechts die Herausgabe verweigern darf. — — —"

Urteil des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 23. Juni 1915 i. S. B. w. A. Bo. 355/15. K—n.

---

26. Der Beschluß auf Erlassung eines Haftbefehls im Offenbarungseid-Verfahren kann nur mit Beschwerde angefochten werden.

Vgl. 65 Nr. 130; 67 Nr. 71.

ZPO. §§ 901. 793. 766.

Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen den Beschluß des Amtsgerichts auf Erlassung eines Haftbefehls als unzulässig verworfen, da gegen diesen Beschluß keine sofortige Beschwerde, sondern nur eine Erinnerung zulässig sei. Die gegen diesen Beschluß von dem Schuldner erhobene Beschwerde ist unbegründet, wenn auch den Gründen des angefochtenen Beschlusses nicht zugestimmt werden kann. Dieser steht freilich im Einklang mit den Beschlüssen dieses Gerichts v. 27. Febr. 1908 in HansGZ. 1908 Beibl. Nr. 117 und v. 2. Sept. 1908 in 1909 Beibl. Nr. 12. Aber bei erneuter Prüfung hat das Gericht den dort vertretenen Standpunkt nicht aufrechterhalten können. Die erwähnten Beschlüsse des Hanseat. Oberlandesgerichts schließen sich im wesentlichen dem Beschlusse des OLG. Breslau in OLGRspr. 15, 17 an, die jedoch in dem Beschlusse des Kammergerichts in demselben Bande der Rechtsprechung S. 294 bereits zutreffend widerlegt worden sind. Die Frage hängt davon ab, ob der Beschluß auf Erlassung eines Haftbefehls eine Entscheidung i. S. von § 793 ZPO. oder eine richterliche Anordnung i. S. von § 766 ZPO. ist. Mit Unrecht sucht man das letztere damit zu begründen, daß nach § 909 ZPO. der Haftbefehl dem Schuldner bei der Verhaftung vorgezeigt und auf Begehren abschriftlich mitgeteilt werden muß, da eine derartige Bestimmung überflüssig sei, wenn der Haftbefehl, als eine gerichtliche Entscheidung enthaltend, dem Schuldner bereits nach § 329 Abs. 3 ZPO. zugestellt worden sei. Zutreffend hat das Kammergericht in dem erwähnten Beschlusse schon darauf hingewiesen, daß hier eine Verwechselung zwischen dem Beschlusse auf Erlassung eines Haftbefehls und dem auf Grund dieses Beschlusses ausgefertigten Haftbefehl vorliege; der letztere würde überhaupt nicht zugestellt, woraus sich die Vorschrift des § 909 erklärt.

Für eine Erinnerung ist hier überhaupt kein Raum, da diese nur dann Platz greift, wenn in dem Verfahren dem Gegner des Antragstellers vor der Anordnung des Gerichts keine Gelegenheit zur Äußerung gegeben zu werden braucht und diese Äußerung dann nachträglich im Wege der Erinnerung nachgeholt werden kann (vgl. Gaupp-Stein ZPO. § 901 III). Hier aber ist der Schuldner geladen und hatte er daher auch Gelegenheit, sich zu äußern. Es steht mit der Bedeutung des in der mündlichen Verhandlung nach Ladung ergangenen Beschlusses auf Erlassung des Haftbefehls, der das Verfahren

geradezu abschließt, im Widerspruch, wenn man diesem Beschluß nur einen vorbereitenden Charakter zuerkennen will. Ganz unhaltbar erscheint aber die hier und da vertretene Ansicht, daß der Haftbeschluß eine Entscheidung sei, wenn der Schuldner im Termin erscheine, dagegen eine Anordnung, wenn er nicht erschienen sei. Es ist nicht zu erkennen, inwiefern der Charakter des richterlichen Beschlusses dadurch beeinflußt werden könnte, ob die eine Partei bei dem Erlasse des Beschlusses anwesend ist oder nicht.

Aus diesen Gründen tritt dieses Gericht der auch von den Kommentaren der ZPO. und dem größten Teil der Rechtsprechung vertretenen Ansicht bei, daß der in Frage kommende Beschluß eine Entscheidung nach § 793 ZPO. und daher mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist.

Kann somit der Entscheidungsgrund des Landgerichts als zutreffend nicht erachtet werden, so war dennoch die Beschwerde als unbegründet zu verwerfen, weil der Schuldner sich mit Unrecht weigert, den Offenbarungseid zu leisten. Da von dem Gerichtsvollzieher in dem Vollstr.-Protokoll bescheinigt worden ist, daß die Zw.-Vollstreckung zu einer Befriedigung der Gläubigerin nicht geführt hat, war die Gläubigerin befugt, den Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides zu laden, und da der Schuldner in dem anberaumten Termin nicht erschienen ist, hat das Amtsgericht mit Recht den Haftbefehl gegen ihn erlassen. Daher war die Beschwerde des Schuldners zurückzuweisen und der Schuldner mit den Kosten des Verfahrens zu belasten.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (Fer.-Ziv.-Sen.) v. 21. Juli 1915 in der Hamb. Sache Orts-Kr.-K. f. d. Bekleid. W. w. B. Bs. Z. II. 81/15

---

27. Für das Arrestverfahren kann der Hauptanspruch trotz seiner Abweisung in 1. Instanz des ordentlichen Verfahrens glaubhaft erscheinen.

Vgl. 59 Nr. 172 m. N.; 60 Nr. 20.

ZPO. § 820.

Am 1. Juli 1914 wurde über das Vermögen der off. Handelsgesellschaft in Firma Leo K. in L. das Konk.-Verfahren eröffnet und der Kläger zum Konk.-Verwalter bestellt. Dieser machte geltend, daß die drei Inhaber der Firma am 17. Juni 1914 heimlich aus L. nach Budapest geflüchtet seien und bei ihrer Flucht alles, was an barem Gelde und sonstigen Werten zum Geschäftsvermögen der Gesellschaft gehörte, mit sich genommen hätten, daß ihm deswegen als Konk.-Verwalter eine Schadenersatzforderung von mindestens 100000 ℳ wider sie zustehe, und daß die Vollstreckung wegen dieses Anspruchs gefährdet sei, weil die Schuldner ins Ausland geflüchtet seien und die ungarische Staatsangehörigkeit erworben hätten. Auf seinen Antrag wurde daher vom Landgericht L. am 24. Juli 1914 wegen des bezeichneten Anspruchs der dingliche Arrest in das Vermögen der Schuldner und in einer Reihe ihnen zustehender Forderungen unter deren Pfändung angeordnet. Gegen den Arrestbefehl

erhoben die Antragsgegner Widerspruch, indem sie darauf Bezug nahmen, daß in dem vom Antragsteller angestrengten Hauptprozesse die Klage durch ein vom Landgericht L. am 13. März 1915 erlassenes Urteil abgewiesen worden sei und sonach ein Arrestanspruch nicht mehr als glaubhaft gemacht gelten könne. Der Antragsteller wies demgegenüber darauf hin, daß im Hauptprozeß ein Fehlbetrag in der Gesellschaftskasse in Höhe von 400000 ℳ dargetan und damit die Grundlage für den zu sichernden Anspruch, möge er sich auch rechtlich anders denn als Schadenersatzanspruch darstellen, nach wie vor glaubhaft gemacht sei. — In 1. Instanz wurde auf Aufhebung des Arrestbefehls erkannt; in der Ber.-Instanz wurde der Arrest aufrechterhalten mit der Maßgabe, daß als Arrestanspruch diejenige Forderung bezeichnet wurde, welche dem Antragsteller aus dem Grunde zustehe, daß die Gegner Vermögen der von ihnen gebildeten Handelsgesellschaft an sich genommen und ins Ausland verbracht haben. Aus den Gründen:

„— — — Daß die Antragsgegner wenige Wochen vor der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses nach dem Ausland (Ungarn) ausgetreten sind und die ungarische Staatsangehörigkeit erworben haben, ist von ihnen niemals bestritten worden. Auf Grund des vom Antragsteller schon in der erstinstanzlichen Widerspruchsverhandlung in Bezug genommenen Beweisergebnisses aus dem Hauptprozesse und des von ihm den Ber.-Richtern vorgetragenen Gutachtens des Sachverständigen Sch. darf weiter als glaubhaft gemacht angesehen werden, daß in der Geschäftskasse der in Konkurs verfallenen Gesellschaft nach dem Weggange der Gesellschafter etwa 400000 ℳ gefehlt haben. Nach der Sachlage erscheint es aber sehr glaubhaft, daß die Antragsgegner die fehlenden Vermögenswerte bei ihrem Austritt in das Ausland verbracht haben.

Wenn nun auch durch das von den Antragsgegnern im Widerspruchsverfahren vor dem Landgericht zu ihren Gunsten herangezogene erstinstanzliche Urteil des Hauptprozesses gleichwohl ein Anspruch des Konk.-Verwalters wider die Antragsgegner auf Herausgabe dessen, was sie aus der Gesellschaftskasse mitgenommen haben, verneint worden ist, so beruht doch diese Abweisung der Hauptklage im wesentlichen auf in dem Ber.-Verfahren nachzuprüfenden rechtlichen Gründen in Verbindung allerdings mit der Erwägung, daß nicht ausreichende Tatsachen vom Antragsteller behauptet und nachgewiesen worden seien, die gerade einen bestimmt gearteten rechtlichen Anspruch zu rechtfertigen vermöchten. Für das summarische Arrestverfahren genügen aber nach Ansicht des Ber.-Gerichts die nach obigen Darlegungen glaubhaft gemachten Tatsachen, um einen Anspruch des Konk.-Verwalters zu begründen, dessen rechtliche Ausgestaltung dem Hauptstreit um deswillen überlassen bleiben darf, weil nach Befinden erst auf Grund weiterer tatsächlicher Aufklärung des Sachverhältnisses vollständig zu übersehen sein wird, welcher von mehreren möglichen Ansprüchen endgültig als gegeben angesehen werden müsse. Hierbei

wird das Gericht keineswegs an die rechtlichen Folgerungen gebunden sein, die der Antragsteller selbst aus den Tatsachen gezogen hat, und die ihn bestimmt haben, den Anspruch in seinem Arrestgesuch als Schadenersatzanspruch zu bezeichnen. Auch der Nachschiebung des Anfechtungs-Gesichtspunktes können Bedenken nicht im Wege stehen (RGEntsch. 84, 242. 253), und es mag hier nur so viel hervorgehoben werden, daß Umstände, die gegen die rechtlich mögliche Annahme eines Konk.-Anfechtungsanspruchs nach § 31[1] KO. sprächen, nach dem bisherigen Sachstande nicht erkennbar vorliegen; und da ein solcher Anfechtungsanspruch mindestens in einen Geldanspruch übergehen kann, so darf ein Arrestanspruch als Grundlage des Arrestbefehls mindestens unter diesem Gesichtspunkt als glaubhaft gemacht gelten.

In Beachtung des Rechtsmittels war daher das angefochtene Urteil abzuändern und der Arrest, für den ein Grund mindestens schon nach § 917 Abs. 2 ZPO. gegeben war, zu bestätigen, wobei es jedoch zweckmäßig erschien, bei der Bezeichnung der Arrestforderung sich auf die Angabe der Tatsachen zu beschränken, aus denen sie hergeleitet wird, ohne sich auf eine Unterstellung des Anspruchs unter eine einzelne Rechtsvorschrift festzulegen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 12. Juli 1915 i. S. K. Konk. (K.) w. K. u. Gen. 5 O. 84/15. Ch.

---

28. Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Löschung einer Auflassungsvormerkung.

Vgl. 59 Nr. 182; 70 Nr. 99.

ZPO. §§ 941. 883; GBO. § 39; BGB. § 883.

Eine einstweil. Verfügung, mit der die Löschung der für den Antragsgegner eingetragenen Auflassungsvormerkung angeordnet wird, ist rechtlich unzulässig, weil dies auf ein an das Grundbuchamt gerichtetes Gebot zur Vornahme einer Eintragung hinauskommen würde. Ein solches Gebot kann das Prozeßgericht nicht erlassen, vielmehr ist ihm nur gestattet, durch seine Entscheidung die Grundlage für eine Grundbucheintragung zu schaffen und das Grundbuchamt um die Vornahme der darnach zu bewirkenden Eintragung zu ersuchen. So verhält es sich in dem Falle RGEntsch. 55, 140 (SeuffA. 59 Nr. 182), wo die auf Eintragung einer Vormerkung gerichtete einstweil. Verfügung gegen Sicherheitsleistung gemäß § 939 ZPO. aufgehoben und mit Rücksicht hierauf das Grundbuchamt um die Löschung der auf Grund der einstweil. Verfügung erfolgten Eintragung der Vormerkung ersucht wurde. Hier dagegen handelt es sich um eine der Antragstellerin bewilligte Vormerkung, bei der ein solches Verfahren nicht angängig ist.

Beschluß des OLG. zu Dresden (Fer.-Ziv.-Sen. C[1]) v. 29. Juli 1915. Ca. Reg. 270/15. Ch.

---

29. Die Gebühren für Ferngespräche des Gemeinschuldners unter Weiterbenutzung des für sein Geschäftslokal eingerichteten Anschlusses nach der Konk.-Eröffnung sind Masseschulden.

KO. §§ 59.².

Der Mühlenbesitzer M. hatte nach Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen auf seinem Fernsprech-Anschluß ohne Wissen des Konk.-Verwalters mehrere Ferngespräche vorgenommen. Die Klage des Verwalters auf Rückzahlung der von ihm eingezogenen Fernsprechgebühren wurde zurückgewiesen und die Berufung zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Auffassung des Klägers, daß die Ferngespräche auf Grund selbständiger, vom Gemeinschuldner mit der Beklagten abgeschlossener Verträge vorgenommen worden seien, kann nicht beigepflichtet werden. Allerdings können Ferngespräche den Gegenstand selbständiger Verträge bilden, so z. B. wenn sie auf der Post oder andern öffentlichen Fernsprechstellen erfolgen. Für den vorliegenden Fall trifft dies aber nicht zu. Die Ferngespräche sind unter Benutzung eines bestehenden Anschlusses abgehalten worden. Dieser Anschluß gewährte nach den bestehenden Bestimmungen ohne weiteres das Recht zur Vornahme von Ferngesprächen, wenn auch natürlich gegen Zahlung der vorgeschriebenen Gebühren. Es handelte sich also lediglich um eine besonders geartete Benutzung des Anschlusses auf Grund eines bereits bestehenden Mietvertrages. Solange dieses Grundmieteverhältnis nach der Konk.-Eröffnung fortdauerte — und es hat bis zum 7. Mai fortgedauert — bildete die Gegenleistung des Mieters gemäß § 59² KO. eine Masseschuld. Sie war also vom Konk.-Verwalter aus der Masse zu bewirken.

Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, daß der Gem.-Schuldner ohne sein Wissen, also unbefugt, den Anschluß benutzt habe. Wenn er demselben den Zugang zum Fernsprecher offenließ, d. h. eine Absperrung des Apparats ihm gegenüber unterließ, so tat er dies auf eigene Gefahr. Sowenig sich im Regelfall der Inhaber eines Anschlusses der Postverwaltung gegenüber darauf berufen kann, daß ein Dritter ohne sein Wissen die Anlage benutzt habe, steht eine derartige Berufung dem Konk.-Verwalter zu. In § 19 der Ausf.-Bestimmungen zur Fernsprech-GebO. ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Inhaber eines Fernsprechanschlusses Schuldner sämtlicher für die Benutzung der Anlage zu entrichtender Gebühren sei. Da für die Zeit nach der Konk.-Eröffnung bis zur Beendigung des Anschlußvertrages die Masse als Inhaber des Anschlusses zu erachten ist, so geht für diesen Zeitraum jede Benutzung der Anlage zu deren Lasten. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6 Sen.) v. 30. September 1915 in der Hamb.Sache M. Konk. w. Post- und Telegr.-Verw. Bf. VI. 166/15.

A—d.

I. Bürgerliches Recht.

30. Vereinsregister; über das Recht des Registerrichters, die Gültigkeit des Anmeldungsinhalts zu prüfen.

(Vgl. 67 Nr. 144 m. N.)
BGB. §§ 67 ff.

Die beiden Beschwerdeführer D. und L. hatten zur Eintragung in das Vereinsregister angemeldet, daß sie in einer Mitgliederversammlung zum Vorsitzenden und zum Schriftführer des eingetragenen Vereins G. gewählt worden seien. Abschrift einer dies bestätigenden Urkunde war von den bisherigen, gerichtlich eingesetzten Vorstandsmitgliedern zu den Akten gebracht worden. Da gegen die Ordnungmäßigkeit des Versammlungsbeschlusses Proteste eingegangen waren, nahm das Amtsgericht Ermittelungen in dieser Richtung vor und wies durch Beschluß die Anmeldung ab, weil mehrere Mitglieder nicht zu der Versammlung einberufen worden seien. Das Landgericht wies die von D. und L. erhobene Beschwerde zurück unter Billigung der Auffassung des Amtsgerichts, daß die Mitgliederversammlung nicht ordnungmäßig berufen worden sei. Die weitere Beschwerde rügte Verletzung des § 71 BGB.: das Vereinsregister habe nur die in ordnungmäßiger Form beschafften Parteierklärungen zu beurkunden, ohne die materielle Gültigkeit dieser Erklärungen einschließlich der zugrunde liegenden Tat- und Rechtsfragen nachzuprüfen; so habe das Kammergericht entschieden (KGJ. 41 A, 157 ff.). — Das Rechtsmittel wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Der von den Beschwerdeführern herangezogene § 71 BGB. kommt für die Entscheidung nicht in Betracht, sondern nur § 67 Abs. 1. Diese Vorschrift steht einer Befugnis des Registerrichters zur Prüfung der materiellen Gültigkeit des Anmeldungsinhalts nicht entgegen. Sein Prüfungsrecht in dieser Richtung ergibt sich schon daraus, daß er überhaupt in mannigfacher Hinsicht eine Amtstätigkeit ausübt. Es muß aber insbesondere deshalb anerkannt werden, weil der Inhalt des Vereinsregisters zwar nicht allgemein öffentlichen Glauben besitzt, aber die Sonderbestimmungen der §§ 68. 69. 70 BGB. eine gewisse Annäherung daran enthalten (Oertmann Anm. 1 zu BGB. § 68). Eine andre Frage ist, ob dem Registerrichter, dem eine formell ordnungmäßige Anmeldung vorliegt, eine Prüfungspflicht nach der materiellen Seite obliege.

Nur mit dieser Prüfungspflicht beschäftigt sich das Kammergericht in der von den Beschwerdeführern angeführten Entscheidung. Es verneint sie für die Regel: in dem von ihm entschiedenen Falle habe sich der Registerrichter mit der ordnungmäßigen vollständigen Urkunde über die Neubestellung von Vorstandsmitgliedern begnügen können, er habe nicht etwaigen sich nicht aus der Urkunde ergebenden Mängeln der Neubestellung nachzugehen brauchen, er habe keine Veranlassung gehabt, zu prüfen, ob bei Einberufung der Versammlung alle Vorschriften des Gesetzes und des Statuts beobachtet worden waren. Diese Worte ergeben deutlich, daß das Kammergericht ein Prüfungsrecht des Registerrichters nicht verneinen will, ja, daß es sogar eine Prüfungspflicht dann anerkennt, wenn der Fall kein „regelmäßiger" ist, vielmehr Bedenken gegen die materielle Richtigkeit des Anmeldungsinhalts gegeben sind.

Der Registerrichter hat im vorliegenden Falle von seinem Prüfungsrecht Gebrauch gemacht und die ihm durch die eingegangenen Proteste nahegelegten Bedenken bestätigt gefunden. Es wäre ein unmögliches Ergebnis, wenn er seine Feststellungen bei seiner Entscheidung nicht hätte berücksichtigen dürfen.

Da weder in den tatsächlichen Feststellungen noch in der rechtlichen Auffassung des Ber.-Gerichts eine Verletzung des Gesetzes zu finden ist, war die weitere Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen. Sie dem Reichsgericht vorzulegen, lag ein Anlaß nicht vor, da ein Fall von § 28 Abs. 2 FGG. nicht gegeben ist."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 25. Juni 1915 in der Hamb. Vereinsreg.-Sache G. F. 24/15. A—d.

---

31. Auch bei Körperverletzung einer verheirateten Frau entsteht der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten in ihrer Person; Mitverschulden des Mannes ist einflußlos.

(Vgl. 67 Nr. 9 m. N.)

BGB. §§ 249. 254. 823. 833. 1389. 1438.

Der Kläger hatte vom Beklagten eine Kuh und ein Kalb eingetauscht. Er holte diese vom Beklagten in Schw. ab und schaffte sie nach seiner Besitzung in U. in der Weise, daß das Kalb auf einen ihm gehörigen und von ihm geleiteten Wagen verladen, die Kuh jedoch hinten an den Wagen angebunden und von zwei Angestellten des Beklagten getrieben wurde. Als der Zug im Hofe des Klägers angekommen war, banden die beiden Treiber die Kuh vom Wagen ab. Das Tier wurde wild, riß sich von den Treibern los und rannte mit den Hörnern die Frau des Klägers nieder. Diese erlitt erhebliche Verletzungen; sie war eine Zeit lang arbeitsunfähig und auch später in ihrer Arbeitsfähigkeit beschränkt. Mit Zustimmung ihres Ehemannes, mit dem sie in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte, erhob sie im März 1912 gegen den

Beklagten Klage auf Feststellung, daß er ihr den durch den Unfall erwachsenen Schaden zu Händen ihres Ehemannes zu ersetzen habe. Am 3. Juli 1912 starb sie. Ihr Mann, der ihr alleiniger Erbe war, nahm den Rechtsstreit auf, ging zur Leistungsklage über und verlangte Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 1011,35 *M* nebst Zinsen sowie zur Entrichtung einer vom 3. Juli 1912 ab vierteljährlich vorauszuzahlenden Rente von 90 *M* monatlich. In dem Betrage von 1011,35 *M* steckten u. a. 534,85 *M* Arzt- und Apothekerkosten. Diese wurden in 2. Instanz dem Kläger in voller Höhe zugesprochen, während der Klaganspruch im übrigen nur zur Hälfte dem Grunde nach als berechtigt anerkannt wurde mit Rücksicht auf die Mitschuld des Klägers an der unvorsichtigen Behandlung der Kuh. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Anlangend den Einfluß, den das festgestellte eigene Verschulden des Klägers auf die von ihm erhobenen Ansprüche ausübt, geht das Ber.-Gericht davon aus, daß es sich bei den Ansprüchen auf Schadenersatz wegen der dem Kläger entgangenen und entgehenden Dienste seiner Frau um Ersatzansprüche handle, die nach § 845 BGB. von Anfang an dem Ehemann als dem mittelbar Verletzten erwachsen seien, die zwar nach den Rechtsregeln über die allgemeine Gütergemeinschaft Bestandteil des Gesamtguts geworden und nach dem Tode der Ehefrau ihrem ganzen Umfange nach auf den Kläger allein übergegangen seien, die aber von vornherein mit der Einrede des Mitverschuldens des mittelbar Verletzten behaftet gewesen seien. Diese Auffassung gereicht dem Beklagten nicht zur Beschwerde und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Die Revision bekämpft lediglich die Ansicht des Ber.-Gerichts, daß dem mitwirkenden Verschulden des Klägers für seinen Anspruch auf Ersatz der Arzt- und Apothekerkosten keinerlei Bedeutung zukomme. In dieser Beziehung führt das Ber.-Gericht aus: der Anspruch sei lediglich der Frau des Klägers als der unmittelbar Verletzten erwachsen; ihm stehe die Einrede eines Mitverschuldens der Verletzten, d. h. der Frau selbst, nicht entgegen; der insoweit einredefreie Anspruch sei dann zunächst Bestandteil des Gesamtguts und damit gemeinsames Eigentum beider Ehegatten zur gesamten Hand geworden und nach dem Tode der Frau ebenfalls einredefrei auf den Kläger als nunmehrigen Alleinberechtigten übergegangen.

Demgegenüber weist die Revision darauf hin, daß der Aufwand an Arzt- und Apothekerkosten nicht aus dem Vermögen der Frau, sondern aus dem Gesamtgut erfolgt sei. Der Hinweis ist an sich zutreffend (§ 1458). Allein die Arzt- und Apothekerkosten gehören zu den sog. Heilungskosten, und das Gesetz (§ 249) steht auf dem Standpunkte, daß ein Gläubiger, der wegen einer ihm zugefügten Verletzung Schadenersatz zu beanspruchen hat, wenn er davon absieht, von dem Schuldner unmittelbar Herstellung seiner verletzten Gesundheit zu verlangen, unter allen Umständen den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen kann, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er

die Heilungskosten tatsächlich selbst trägt oder nicht. Das hat das Reichsgericht oft ausgesprochen (vgl. Entsch. 63, 195; 65, 162; Warneyer ErgBd. 1908 Nr. 635, auch JW. 1911, 774[42]) und gerade auch für verheiratete Frauen und für diese mit dem ausdrücklichen Hinzufügen, es sei gleichgültig, welches eheliche Güterrecht in Betracht komme. Dementsprechend hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung sogar der im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau den Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten zuerkannt, obwohl bei diesem Güterstande der Mann den ehelichen Aufwand allein zu tragen hat (§ 1389 Abs. 1). Ist dem aber so, dann war der Anspruch auf Ersatz der Arzt- und Apothekerkosten in der Tat von vornherein lediglich in der Person der Frau des Klägers entstanden und deshalb, da sie nach der rechtlich unbedenklichen und von der Revision auch garnicht beanstandeten Annahme des Ber.-Gerichts ein eigenes Verschulden nicht trifft, einem Einwand aus § 254 BGB. nicht ausgesetzt. Das festgestellte mitwirkende Verschulden des Klägers war für diesen Anspruch bedeutunglos und hat auch nicht dadurch Bedeutung gewinnen können, daß der Anspruch, allerdings zugleich mit seiner Entstehung (§ 1438 Abs. 1 Satz 2), auf das Gesamtgut und später auf den Kläger allein übergegangen ist.

Zur Unterstützung ihrer Ansicht, daß die Folgen des dem Kläger zur Last fallenden eigenen Verschuldens auch auf die Arzt- und Apothekerkosten zu erstrecken seien, macht die Revision noch geltend: da die Kuh dazu bestimmt gewesen sei, ein Bestandteil des Gesamtguts zu werden, so seien alle Rechte und Pflichten aus dem Tauschvertrage solche des Gesamtguts gewesen, alles, was der Kläger getan habe, habe er als Vertreter des Gesamtguts und somit zugleich als Vertreter seiner Frau getan, für ein Verschulden ihres Vertreters aber habe diese ebenso wie für eigenes Verschulden einzustehen. Diese Erwägung geht gänzlich fehl. Allerdings unterliegt das Gesamtgut der Verwaltung des Mannes (§ 1443 Abs. 1). Allein der Mann führt die Verwaltung im eigenen Namen, nicht zugleich im Namen der Frau. Freilich muß sich die Frau die Wirkungen gefallen lassen, die vom Manne befugterweise vorgenommene Verwaltungshandlungen auf das Gesamtgut äußern. Aber Vertreter der Frau ist der Mann bei der Verwaltung des Gesamtguts nicht. Persönlich wird vielmehr die Frau durch Verwaltungshandlungen des Mannes weder diesem selbst noch Dritten gegenüber verpflichtet (§ 1443 Abs. 2). Davon, daß der Kläger, indem er auf die Frage des Beklagten, ob man die Kuh nicht blenden lassen solle, untätig blieb und ohne weiteres losfuhr, zugleich in Vertretung seiner Frau gehandelt habe, kann deshalb keine Rede sein. Der Anspruch auf Ersatz der Arzt- und Apothekerkosten beruht nicht auf einem Vertragsverhältnis, in dem die Frau zum Beklagten gestanden hätte, sondern ist der Frau aus einer gegen sie verübten unerlaubten Handlung erwachsen. Wie bei dieser Sachlage eine auch nur entsprechende Anwendung des § 278 BGB., auf den in Verbindung mit dem Schlußsatze des § 254 die

Revision Bezug nimmt, sollte in Frage kommen können, läßt sich nicht erkennen (vgl. RGEntsch. 62, 346 und 75, 257, in SeuffA. 66 Nr. 158)."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 10. Juni 1915 in der bayer. Sache M. (Bkl.) w. L. (OLG. Augsburg). IV. 36/15.

---

32. Bei Verschiffung cif über See, Kasse gegen Dokumente, kann nicht Abnahme im inländischen Verschiffungshafen verlangt werden.

Vgl. 37 Nr. 137 m. N.; 45 Nr. 173; 55 Nr. 23. 91 m. N.; 62 Nr. 104.
BGB. §§ 269. 320. 157.

Die Klägerin, eine in Hamburg ansässige Gesellschaft, hatte an die Beklagte, deren Geschäftsniederlassung sich in Bremen befand, am 29. Juli 1914 „50 Tonnen Ceiling Boards Elephant Brand made in Sweden, August-September Verschiffung cif Bombay, Kasse gegen Dokumente" verkauft. Die Klägerin, die wegen des kurz nach dem Vertragschluß ausgebrochenen Krieges die Ware nicht mehr zur Verschiffung bringen konnte, wollte den Vertrag aus ihrem hamburgischen Lager erfüllen. Sie bot die Ware der Beklagten zur Abnahme in Hamburg an und forderte den Kaufpreis unter Abzug der Fracht nach Bombay. Die Beklagte verweigerte die Abnahme der Ware in Hamburg und erklärte, nur gegen die Verschiffungsdokumente zahlen zu wollen. — Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber. Urteils:

„Die Klage ist mit Recht abgewiesen. Entscheidend ist die Erwägung des Landgerichts, daß bei den hier fraglichen Bedingungen der Verkäufer in ganz bestimmter Weise zu liefern habe, daß also die Verpflichtung des Verkäufers, abzuladen und Dokumente anzudienen, eine wesentliche Vertragsverpflichtung sei, ohne deren vorgängige Erfüllung Zahlung, die nur gegen Dokumente erfolgen solle, vom Käufer nicht geleistet zu werden brauche. Hiergegen ist geltend gemacht, daß der 1. Richter nicht berücksichtigt habe, daß es sich hier um ein (ausgehendes) Geschäft nach über See handle und daß nur für (eingehende) Geschäfte von über See der Abladeklausel besondere Bedeutung beigemessen werde, weil man von hier aus nicht berechnen könne, wann drüben abgeladen werde. Allein dieser Gesichtspunkt führt von dem eigentlichen Streit der Parteien ab. Es handelt sich nicht um die Bedeutung der Abladezeit (hier August/September Verschiffung) und insbesondere nicht um ihre Bedeutung für den Empfänger, sondern um die Abladung selbst und ihre Bedeutung für das Verhältnis von Verkäufer und Käufer.

Die Klägerin hat weiter darauf hingewiesen, daß es sich hier um die Frage handle, wer bei dem gewöhnlichen Versendungsverkauf die Gefahr der Versendung trage; sie hat diese Frage zu Lasten des Käufers beantwortet und

daraus weiter gefolgert, daß dann auch die Unmöglichkeit der Versendungsgelegenheit zu Lasten des Käufers sei. Selbst wenn das richtig wäre für den gewöhnlichen Versendungsverkauf, bei dem der Verkäufer auf Grund einer besonderen Nebenabrede oder auf Grund eines Handelsbrauchs für die Versendung der Ware an den Bestimmungsort zu sorgen hat (vgl. ROHGEntsch. 10, 293), so liegt doch der Streitfall wesentlich anders. Hier hat der Verkäufer nicht nur übernommen, die Ware auf den Weg zu bringen, sondern die von ihm übernommene Verpflichtung, auf seine Kosten die Ware zur Abladung zu bringen, bestimmt die rechtliche Natur des Geschäfts in wesentlichen Punkten. Der Käufer soll nichts mit der Wahl des Verfrachters und dem Frachtvertrage und seiner Ausführung, insbesondere der Abladung, zu tun haben. Es genügt aber auch nicht, daß der Verkäufer auf seine Kosten die Beförderung besorgt, sondern er muß dies in einer ganz bestimmten Weise tun, nämlich durch Beschaffung der Konnossemente über das Gut. Daran ist allerdings auch der Verkäufer interessiert, weil er sich regelmäßig (wie auch hier) die Bezahlung des Kaufpreises gegen die Konnossemente ausbedingt. Aber überwiegend ist das Interesse des Käufers. Die Konnossemente sollen ihm nicht nur einen Beweis über die Abladung und eine Legitimation für den Empfang am Bestimmungsort geben, sondern sie sollen ihn vor allen Dingen in die Lage setzen, schon über die schwimmende Ware verfügen zu können. Dem Käufer wird dadurch ermöglicht, sofort über die Ware weiter zu verfügen: er kann darauf Vorschüsse nehmen, ja er kann, wenn er gegen die Konnossemente zahlen soll, in leichter Weise den Kredit einer Bank in Anspruch nehmen, welche für ihn gegen die sie sichernden Konnossemente Zahlung zu leisten bereit sein wird. Alle diese den Umsatz der gekauften Ware erleichternden Verhältnisse kommen in Wegfall, wenn der Käufer es sich gefallen lassen müßte, daß ihm unter Kürzung einer Durchschnittsfracht vom Kaufpreise die Ware vom Landlager als Erfüllungsort des Verkäufers zur Verfügung gestellt wird. Daß der Käufer, der „cif Kasse gegen Dokumente" gekauft hat, verlangen kann, daß ihm die Ware gegen Barzahlung am Erfüllungsort des Verkäufers geliefert wird, wie der Anwalt der Klägerin hervorhob, beweist nur, daß der Käufer auf die Rechte, welche ihm die Klausel gibt, verzichten kann (vgl. Striemer in JW. 1915, 674 unter II). Diese Rechte des Käufers sind aber derartig wesentlich, daß er sich ihren Wegfall nicht gefallen lassen muß. Wenn es dem Verkäufer unmöglich ist, dem Vertrage gemäß die Ware zur Verschiffung zu bringen und Konnossemente zu liefern, so ist ihm eine wesentliche Lieferungspflicht nicht möglich, weshalb er nicht die Gegenleistung verlangen kann. — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 13. Juli 1915 in der Bremer Sache L. F. & Co. w. Schr. Sm. & Co. Bf. VI. 181/15. A—d.

33. Inwieweit haftet der Geschäftsherr für Verschulden seiner Hülfspersonen auch bei den Vertragsverhandlungen und dem Vertragschluß?

Vgl. 54 Nr. 169 m. N.; 69 Nr. 197 S. 359.

BGB. § 278.

— — — Die vielfach vertretene Ansicht, daß der § 278 BGB. sich nicht auf ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und dem Vertragschluß beziehe, trifft, wie in Planck BGB.[4] 2[1], 225 Erl. 1a zu § 278 zutreffend bemerkt wird, nur insoweit zu, als die Parteien einander vor dem Vertragschluß noch zu nichts verpflichtet sind, dagegen nicht, wenn schon bei den Vorverhandlungen gewisse Verpflichtungen bestehen, deren fahrlässige Nichterfüllung die Partei haftbar macht, wie hier die Pflicht des verklagten Fiskus, bei den Ausschreibungen der zu vergebenden Arbeiten die Bewerber über die Umstände aufzuklären, die für ihren Entschluß, die Arbeiten zu übernehmen, von wesentlicher Bedeutung sind. Daß die Partei solchenfalls nicht nur für eigene Fahrlässigkeit bei den Vertragsverhandlungen haftet, sondern auch, wenn sie die Verhandlungen durch eine andre Person führt, deren Verschulden zu vertreten hat, entspricht dem Sinn und Zweck des § 278. Wie in dem vom 6. Zivilsen. am 7. Dez. 1911 entschiedenen Fall (Entsch. 78, 239) — der allerdings wesentlich anders liegt als der hier gegebene, namentlich insofern, als es in ihm nicht zum Abschluß des beabsichtigten Vertrags gekommen ist —, so trifft auch hier der Rechtsgedanke des § 278 durchaus zu, der dort dahin festgestellt ist: daß, wer selbst eine Leistung schuldet, die er mit der erforderlichen Sorgfalt zu bewirken hat, dann, wenn er hierzu einen Gehülfen verwendet, für dessen sorgfältige Leistung einstehen muß, und daß ebenso der andre, demgegenüber die Leistung zu bewirken ist, nicht deshalb schlechter gestellt sein darf, weil der Gegner sie nicht selbst ausführt, sondern sie einem Gehülfen übertragen hat. Die gegenteilige Meinung würde zu einer Bevorzugung der Inhaber von Großbetrieben, die fast nie persönlich mit ihren Vertragsgegnern verhandeln, und zu einer Benachteiligung der mit ihnen in Vertragsverhandlung tretenden Personen führen, die mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes unvereinbar ist. Diese Meinung steht auch nicht in einem zur Anrufung der verein. Zivilsenate nötigenden Widerspruch mit den Entscheidungen andrer Senate; in keinem in Betracht kommenden Urteil,

RGEntsch. 61, 207; 62, 319; 79, 319; Urt. des 5. Zivilsen. v. 4. März 1914, V. 182/13,

ist unter Anerkennung oder Unterstellung einer Haftung der Partei für eigenes Verschulden bei den Verhandlungen über einen zustande gekommenen Vertrag deren Verantwortlichkeit für das Verschulden eines sog. Erfüllungsgehülfen gemäß § 278 verneint worden.

Demnach haftet der Beklagte im vorliegenden Fall für ein Verschulden derjenigen Beamten, denen es oblag, den Bewerbern die für ihre Entschlie-

ßung, ob sie die ausgeschriebenen Arbeiten übernehmen wollten, wesentlichen Umstände mitzuteilen.

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 12. Januar 1915 in der preuß. Sache K. (Kl.) w. Reichsfiskus (OLG. Marienwerder). III. 319/14.

---

34. Die Berufung des Gläubigers auf den Fristablauf des § 326 BGB. kann gegen Treu und Glauben verstoßen.

Vgl. 67 Nr. 2 m. N.

BGB. §§ 326. 242.

Die verklagte Gesellschaft in Hamburg hatte der klagenden Gesellschaft in Frankfurt a. M. am 24. Febr. 1913 10000 Kilo Asbest ab Juli 1913 in ungefähr gleichen Monatslieferungen verkauft. Die erste Lieferung war nach Behauptung der Beklagten am 11. Juli, nach derjenigen der Klägerin am 21. Juli 1913 in Frankfurt eingetroffen. Die Klägerin bemängelte die Beschaffenheit des Asbests, die Beklagte wies die Ausstellungen als unbegründet zurück. Da Klägerin nicht zahlte, stellte ihr Beklagte am 6. Aug. 1913 durch Schreiben eine Frist bis Montag, den 11. August, mittags 12 Uhr in Hamburg eintreffend, und zwar unter der Androhung späterer Ablehnung. Am Morgen des 11. Aug. kurz nach 10 Uhr rief die Klägerin die Beklagte wegen der streitigen Angelegenheit durch Fernsprecher an, und als die Beklagte eine weitere Erörterung ablehnte, erklärte sie ihr, daß sie den Kaufpreis sofort überweisen werde. Tatsächlich hat sie alsbald ihre Frankfurter Bank zuerst mündlich und dann, als sich dies als ungenügend erwies, schriftlich beauftragt, das Geld der Deutschen Bank, Filiale Hamburg, bei der die Beklagte ihr Konto hatte, telegraphisch zu überweisen. Nach der Auftragserteilung benachrichtigte sie die Beklagte durch Fernsprecher davon, daß der Kaufpreis telegraphisch überwiesen worden sei. Das Telegramm kam aber erst nach 2 Uhr an. Zwischen 2 und 3 Uhr erhielt die Beklagte von ihrer Bank durch Fernsprecher den Bescheid, daß sie zur Überweisung des Betrages beauftragt sei. Im Bankbuch ist derselbe für den 11./12. August gutgebracht worden.

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, daß die Frist fruchtlos abgelaufen sei, und trat vom Geschäfte bezüglich des unerfüllten Teils zurück. Die Klägerin machte dagegen geltend, daß das scharfe Vorgehen der Beklagten wegen einer geringfügigen Fristüberschreitung wider Treu und Glauben verstoße. Sie klagte auf Schadenersatz, die Klage wurde jedoch abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Es kann dahingestellt bleiben, ob der Auffassung des Ber.-Gerichts, daß der Gläubiger, der auf den Fristablauf des § 326 BGB. sich beruft, niemals gegen Treu und Glauben verstoße, grundsätzlich beizupflichten wäre. Denn wenn auch diese Frage grundsätzlich anders zu beurteilen wäre, so würde dies bei der vom Ber.-Gericht festgestellten Sachlage an dem Ergebnis der Entscheidung doch nichts ändern. Denn jedenfalls hat das Ber.-

Gericht darin recht, daß der § 326 dazu dient, für den Fall des Fristablaufs bestimmte, klare und dauernde Verhältnisse zu schaffen, und daß die für die Sicherheit des Rechtsverkehrs notwendige Klarheit und Bestimmtheit der Verhältnisse nicht ohne Not ins Wanken gebracht werden darf. Daher würde gegenüber der Geltendmachung der im § 326 für den Fristablauf bestimmten Rechtsfolgen die Verteidigung des säumigen Schuldners unter Berufung auf § 242 BGB. mit der allgemeinen Arglisteinrede doch nur in einem ganz besonders liegenden Ausnahmefall zulässig sein, nämlich nur dann, wenn es sich um eine ganz geringfügige, noch dazu durch besondere unverschuldete Verhältnisse des Schuldners verursachte Fristüberschreitung handelt, ferner die geschuldete Leistung vollständig angeboten wurde und der Gläubiger an der genauen Einhaltung der Frist nachweisbar kein berechtigtes Interesse hatte. Diese Voraussetzungen liegen aber nach den Feststellungen des Ber.-Gerichts nicht vor. Dieses hat vielmehr erwogen, die Klägerin könne von einem Verschulden insofern nicht freigesprochen werden, als sie ihre Zahlungsanordnungen nicht auf den letzten Augenblick hätte verschieben dürfen. Sie habe an ihrem Standpunkte, daß die Ware vertragwidrig sei, festgehalten; nur dadurch sei sie dazu gelangt, sich noch im letzten Augenblick an die Beklagte zu wenden. Es habe also nicht in den Verhältnissen oder an einem unglücklichen Zusammentreffen von Umständen gelegen, daß verspätet gezahlt wurde, vielmehr sei diese Verspätung lediglich auf die zu späte Willensentschließung der Klägerin, ihren Widerstand aufzugeben, zurückzuführen. Auf der andren Seite sei es unerheblich, ob die Beklagte des Geldes gerade schon um 12 Uhr mittags bedurft habe; zu einer Darlegung ihrer geschäftlichen Verhältnisse und Verfügungen könne sie nicht genötigt werden.

Diese Erwägungen sind rechtlich bedenkenfrei und rechtfertigen die Entscheidung, daß der Rücktritt der Beklagten von dem am 24. Febr. 1913 geschlossenen Vertrage berechtigt war. Unterstützend mag noch angeführt werden, daß die Klägerin eine große Firma und mit der Bedeutung des § 326 bekannt ist, die rückständige Leistung die von ihr ohne Schwierigkeit zu beschaffende Zahlung des erheblichen Betrages von ungefähr 10000 *M* betraf, daß die Klägerin auch aus der Art der Fristbestimmung erkennen mußte, daß es der Beklagten nicht bloß auf den Tag, sondern sogar auf die Stunde der Zahlung ankam, und daß anderseits die Beklagte ein Interesse daran hatte, die günstige Marktlage auszunutzen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 25. Juni 1915 in der Hamb. Sache Frankf. Asbest-W. (Kl.) w. L. R. (OLG. Hamburg). II. 120/15. B.

---

35. Ansprüche des Bestellers einer Zeitschrift, deren Umfang der Herausgeber willkürlich beschränkt hat.

BGB. § 459.

Nach einem Vertrage zwischen dem Kläger und dem Rechtsvorgänger des Beklagten, einem Verleger, hatte sich dieser verpflichtet, die von ihm

herausgegebene Zeitschrift „Hannoverland" den Mitgliedern des klagenden eingetragenen Vereins als dessen Vereinsorgan in einer Sonderausgabe mit dem Kopf „Altsachsenland" zu liefern. Nach § 10 des Vertrags bedürfen Änderungen des Titels und des Umfanges der Hefte oder sonstige wesentliche Veränderungen der Genehmigung des Vereinsvorstandes. Im § 2 war die Person des leitenden Herausgebers bestimmt und zur Änderung in diesen Verhältnissen die Zustimmung des Vereinsvorstandes erfordert. Aus Anlaß des Krieges verminderte der Beklagte den Umfang der Monatshefte für September bis einschließlich Dezember 1914. Der Kläger verlangte nun vom Beklagten Lieferung der Monatshefte für die angegebene Zeit in der früheren Stärke von 24 Seiten Text, an zweiter Stelle Nachlieferung der fehlenden 8 Seiten Text zu jedem Heft. — In 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Aus den Gründen:

„Der Vertrag ist nicht ein Werkvertrag, gerichtet auf Herstellung einer Zeitschrift, sondern ein Kaufvertrag nach Art eines Bestellungskaufes, gerichtet auf Bezug einer regelmäßig erscheinenden Zeitschrift. Die Nebenbestimmungen, kraft deren der Verlag es übernimmt, die den Mitgliedern des klagenden Vereins zu liefernden Hefte als Vereinsblatt zu einer Sonderausgabe auszugestalten, sie mit einem veränderten Kopf zu versehen und Vereinsanzeigen darin abzudrucken, tun dem Wesen des Kaufvertrages ebensowenig Eintrag wie die Bestimmung des § 2 über die Person des Schriftleiters. Langlaufende Lieferungsverträge werden nicht selten so geschlossen, daß sich der Käufer einen maßgebenden Einfluß auf den Betrieb des Verkäufers sichert, in welchem die zu liefernde Ware hergestellt wird. In den Monaten September bis Dezember 1914 hat der Verlag unstreitig die bedungene Zahl von Heften seiner Zeitschrift „Hannoverland" in der vorgesehenen Ausgestaltung als Sonderausgabe „Altsachsenland" den Vereinsmitgliedern zugesandt. Er hat damit den Kaufvertrag erfüllt. Die Ausführungen des Klägers, die sich mit dem gegen früher verringerten Umfange dieser Hefte beschäftigen, laufen auf eine Bemängelung der gelieferten Kaufsache hinaus. Auf Grund der angeblichen Mängel stehen dem Kläger dieselben Rechte zu wie dem Besteller eines Lieferungswerkes, dessen Umfang während des Erscheinens gegenüber den Angaben der Ankündigung verringert wird. Er kann möglicherweise vom Vertrage zurücktreten, kann wandeln oder mindern, auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern. Eine Nachlieferung von Text oder Neulieferung verstärkter Hefte kann er nicht verlangen. Das erste um deswillen nicht, weil ein Anspruch auf Besserung von Mängeln im Rahmen des Kaufvertrages nicht gegeben ist, das zweite im vorliegenden Falle deshalb nicht, weil der Gegenstand des Kaufs nicht der Gattung nach bestimmt ist. Die Vorschrift des § 480 BGB. würde eingreifen, wenn die einzelnen gelieferten Nummern mit Sondermängeln behaftet wären; dann könnte die Lieferung mangelfreier Stücke aus der Auflage verlangt werden. Hier aber haften die gerügten

Mängel der gesamten Auflage an, die als ein nach Art und Inhalt besonders bestimmtes Schriftwerk den Gegenstand des Vertrages bildet. Die von dem Kläger gestellten Anträge sind hiernach unbegründet."

Urteil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 23. Sept. 1915 i. S. G. w. Heimatbund N. 2 U. 34/15. L—t.

36. Ist die Ausfuhrfähigkeit eine vorausgesetzte Eigenschaft der Ware?

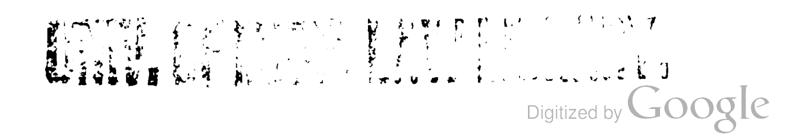
(Vgl. 48 Nr. 197.)

BGB. § 459.

Die verklagten Ausfuhrhändler verweigerten die Bezahlung des Kaufpreises der ihnen von den klagenden Fabrikanten gelieferten Ware, weil die sog. blaue russische Etikette, mit der die Ware versehen worden war, in Indien, wohin diese Sendung bestimmt gewesen wäre, nicht mehr zugelassen würde; die Kläger hätten für die Ausfuhrfähigkeit der Ware ohne weiteres nach § 459 BGB. einzustehen. — Die Einrede wurde in beiden Instanzen verworfen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Beklagte stützt ihren Anspruch auf die Annahme, daß die Ware nicht mehr ausfuhrfähig und daher mit einem Mangel behaftet sei, für welchen Klägerin das Risiko laufe. Dieser Auffassung kann nicht beigestimmt werden. Die Etikette einer Ware interessiert den Ausfuhrhändler in viel höherem Maße als den Fabrikanten. Der Fabrikant stellt die Ware her; wie der Händler die Ware weiterverkauft, ist für den Fabrikanten nur mittelbar von Interesse, indem er nach erfolgtem Weiterverkauf auf neue Aufträge rechnen kann. Mit welcher Etikette der Fabrikant die Ware liefert, kann ihm in der Regel ganz gleichgültig sein, und so erklären sich auch die Vorschläge der Klägerin aus dem Jahre 1913, sie sei gern bereit, der Beklagten die Waren mit einer andern Etikette zu liefern. Ganz anders ist das Interesse des Händlers, welcher für den Weiterverkauf der Ware das große Interesse hat, die Ware unter einer eingeführten Aufmachung an den Markt zu bringen. Schon diese Verschiedenartigkeit der Interessen an der Aufmachung muß dazu führen, daß das Risiko der Ausfuhrfähigkeit einer Ware, wenn zwischen Fabrikanten und Händler nichts Abweichendes verabredet worden ist, beim Händler liegt.

Die von der Beklagten angeführten Urteile geben für ihren Standpunkt keine Stütze. Die angezogenen RGEntsch. 52, 2; 61, 86 betreffen Grundstücke; 59, 243 betrifft Wertpapiere; JW. 1895, 394[46] betrifft die vorausgesetzte Hoteleigenschaft eines Grundstücks. All diese Fälle liegen völlig anders, und die Ausfuhrfähigkeit einer Ware wird nach dem Bürgerl. Gesetzbuch nur als zugesicherte Eigenschaft, nicht als eine vorausgesetzte Eigenschaft, die beim Fehlen der Voraussetzung einen Mangel der Ware darstellt, in Betracht kommen können. Die Beklagte behauptet nun nicht, daß Klägerin die Ausfuhrfähigkeit der Ware als Eigenschaft zugesichert habe, behauptet auch nicht, daß Klägerin durch Vereinbarung das Risiko der Exportfähigkeit der Ware mit der



sog. blauen russischen Etikette übernommen habe. Dem entspricht der Inhalt des von den Parteien vorgelegten Briefwechsels. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 2. Juni 1915 in der Hamb. Sache J. & H. (Kl.) w. H. & Co. Bf. I. 69/15. A—d.

---

37. Der Ausschluß der Wandelung wegen Verschlechterung der Kaufsache richtet sich nach dem Zustande bei Vollziehung der Wandelung.

Vgl. 67 Nr. 175 m. N.; 68 Nr. 35.

BGB. §§ 467. 351.

Die Käuferin klagte gegen den Verkäufer des ihr im April 1913 verkauften und übergebenen, auch aufgelassenen und überschriebenen Hausgrundstücks im Dezember 1913 auf Entgegennahme der Rückauflassung, Befreiung von den übernommenen Schuldverbindlichkeiten und Wiederabtretung der von ihr dem Beklagten abgetretenen Hypothek. Sie behauptete, zur Wandelung des Kaufvertrages berechtigt zu sein, weil in dem Hause Schwamm und Trockenfäule vorhanden seien, diese Mängel auch schon längere Zeit vor dem Abschluß des Kaufvertrages bestanden hätten und der Beklagte deren Vorhandensein gekannt habe. Das Landgericht erkannte nach den Klaganträgen, die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Das Reichsgericht hob auf. Aus den Gründen:

„— — — Der Ber.-Richter stellt tatsächlich fest, daß sowohl Trockenfäule als auch Schwamm vor und bei dem Abschluß des Kaufvertrags vorhanden gewesen und daß dadurch eine nicht unerhebliche Minderung der Tauglichkeit des Grundstücks zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch herbeigeführt worden ist; sowie ferner, daß dem Beklagten bei dem Abschluß des Kaufvertrages bekannt war, daß Schwamm oder Trockenfäule in dem Grundstücke vorhanden gewesen war. Diese Ausführungen lassen eine von Amts wegen zu berücksichtigende Gesetzesverletzung nicht erkennen und sind geeignet, die Annahme des Ber.-Richters, daß der Wandelungsanspruch entstanden sei, zu tragen. — — — Die Aufhebung des Urteils erscheint geboten, weil es in andrer Richtung auf einer von Amts wegen zu berücksichtigenden Verletzung des Gesetzes beruht.

Der Beklagte hatte nämlich den Einwand erhoben, die Wandelung sei auf Grund der Vorschriften der §§ 467. 351 BGB. ausgeschlossen dadurch, daß die Klägerin eine wesentliche Verschlechterung des Grundstücks verschuldet habe. Er hatte eine Reihe von Beweisen angetreten, durch welche dargetan werden sollte, daß die Klägerin das Haus absichtlich habe verwahrlosen lassen. Der Ber.-Richter erklärt diesen Einwand nach der ganzen Sachlage für hinfällig mit der Begründung, es komme nur eine schuldhafte Verschlechterung vor erklärtem Rücktritt in Betracht, welcher schon im Dezember 1913, also kaum 8 Monate nach dem Kaufabschluß erfolgt sei. Daß schon während dieser Zeit eine Verschlechterung eingetreten, sei ausgeschlossen, auch nicht einmal

behauptet worden. Es sei auch der Klägerin nicht zum Verschulden anzurechnen, wenn sie es mit Rücksicht auf die beabsichtigte Wandelung unterlassen habe, kostspielige Reparaturen vorzunehmen. Alles, was der Beklagte in der Ber.-Begründung in dieser Beziehung anführe, beziehe sich in erkennbarer Weise auf den gegenwärtigen Zustand des Hauses, nachdem der Prozeß bereits begonnen hatte, und solle dartun, daß die Klägerin mit Rücksicht auf die erklärte Wandelung das Haus absichtlich habe verwahrlosen lassen. Ob dem Beklagten aus diesem Anlasse Schadenersatzansprüche zustehen würden, sei nicht zu prüfen, da er solche nicht geltend gemacht habe.

Diese Ausführungen beruhen auf Rechtsirrtum, der zwar nicht gerügt, aber von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Der Ber.-Richter verkennt, daß es sich nicht um Ausübung eines Rücktrittsrechts, sondern um die vom Gesetze besonders geregelte Wandelung handelt, auf welche die in § 467 einzeln aufgeführten Vorschriften über das Rücktrittsrecht nur entsprechende Anwendung finden. Diese entsprechende Anwendung ergibt aber, daß der Ausschluß der Wandelung gemäß § 351 in Verbindung mit § 467 nicht, wie der Ausschluß des Rücktrittsrechts (vgl. Entsch. 71, 277, in SeuffA. 65 Nr. 23), eine solche schuldhafte Verschlechterung der Sache erfordert, welche vor der Wandelungs-Erklärung erfolgt ist. Denn die Wandelung vollzieht sich nicht, wie der Rücktritt (§ 349), durch einseitige Erklärung, sondern dadurch, daß sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt (§ 465 BGB.) oder daß er rechtskräftig zur Einwilligung in die Wandelung oder, sofern das für zulässig erachtet wird, unmittelbar zu den durch sie bedingten Leistungen verurteilt wird. Erst vom Eintritt eines dieser Ereignisse ab kann daher von einem „Ausschluß" der Wandelung keine Rede mehr sein, während kein Grund besteht, Umständen, die vorher, wenn auch nach der einseitigen Erklärung des Käufers, wandeln zu wollen, eingetreten sind, die Bedeutung, daß dadurch die Wandelung „ausgeschlossen" wird, abzusprechen. In diesem Sinne hat bereits der 2. Zivilsen. des Reichsgerichts mit ausführlicher Begründung in dem Urteil v. 21. Okt. 1904 (Entsch. 59, 97) und ferner in dem Urteil v. 5. Jan. 1912, II. 324/11 (abgedruckt in SeuffA. 67 Nr. 175) erkannt. Der jetzt erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung an. Im vorliegenden Fall ist die Wandelung noch nicht vollzogen, da der Beklagte ihr widersprochen hat und die ausgesprochene Verurteilung zu den aus der Wandelung sich ergebenden Leistungen noch nicht rechtskräftig ist. Deshalb ist es rechtsirrtümlich, daß der Ber.-Richter die über die Behauptung der schuldhaften Verschlechterung des Grundstücks durch die Klägerin vom Beklagten angetretenen Beweise mit der Begründung zurückgewiesen hat, es komme nur eine „vor erklärter Wandelung" erfolgte Verschlechterung in Betracht. Eine Veränderung der Rechtslage durch die Erklärung, wandeln zu wollen, kann nur insofern in Frage kommen, als zu prüfen sein wird, ob diese Erklärung zugleich das Angebot der Rückgabe des Grundstücks enthalten hat und ob durch Nicht-

annahme dieses Angebots der Beklagte in Gläubigerverzug geraten ist, in welchem Fall die Klägerin von diesem Zeitpunkt ab nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten haben würde (§§ 293 ff., 300 BGB.; vgl. RGEntsch. 56, 270). Von diesen rechtlichen Gesichtspunkten aus hätte der Ber.-Richter die Erheblichkeit der angetretenen Beweise einer Erörterung unterziehen müssen.

Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben und die Sache an das Ber.-Gericht zurückverwiesen werden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 9. Juni 1915 in der preuß. Sache J. (Bkl.) w. T. (KG. Berlin). V. 50/15.

---

38. Annahme einer Musikkapelle zu abendlichen Vorträgen in einer Wirtschaft; Dienst- nicht Werkvertrag*. Wichtiger Kündigungsgrund für den Wirt?

*Vgl. 56 Nr. 221. 222; 66 Nr. 115.
BGB. §§ 611. 626. 631.

Durch Vertrag v. 26. Mai 1914 hatte sich der Kläger verpflichtet, an jedem Abend im Gastlokal der Beklagten mit seiner Kapelle musikalische und humoristische Leistungen darzubieten. Die Beklagte kündigte den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, als der Kläger am Abend des 20. Juni 1914 mit seiner Kapelle das Gastlokal verließ und in einer andern Wirtschaft spielte. Der Kläger erachtete die sofortige Kündigung nicht für gerechtfertigt, denn an dem fraglichen Abend hätten überhaupt nur zwölf Gäste Eintritt bezahlt, und seine Gesamteinnahme habe nur 4,80 ℳ betragen; auch andre Kapellen vor und nach ihm hätten an solchen schlecht besuchten Abenden von der Beklagten die Erlaubnis erhalten, anderswo zu spielen; auf jeden Fall stände der geringfügige Schaden, den die Beklagte durch das Weggehen der Kapelle gehabt habe, in garkeinem Verhältnis zu dem schweren Eingriff einer sofortigen Kündigung. — Das Landgericht wies die auf Bezahlung von 1500 ℳ Schadenersatz gerichtete Klage ab, weil es die sofortige Kündigung des Dienstverhältnisses durch die Beklagte für gerechtfertigt hielt. In der Ber.-Instanz wurde der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Aus den Gründen:

„Das zwischen den Streitteilen geknüpfte Rechtsverhältnis ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht als Dienstvertrag aufzufassen, der Kläger war verpflichtet, an jedem Abend mit seiner Kapelle im Gastlokal der Beklagten zu konzertieren. Es kann nicht gesagt werden, daß hiernach jede Leistung des Abends oder gar die Gesamtheit der Leistungen einen gesonderten unteilbaren Arbeitserfolg dargestellt habe, es bildete vielmehr die Arbeitstätigkeit als solche, nämlich das Konzertieren am Abend, unmittelbar den Gegenstand des Vertrags. Diese an sich teilbare Tätigkeit war jeden Abend zu leisten. Auch die Entlohnung wurde für den einzelnen Abend gewährt, so daß Zeit-

lohn, nicht Akkordlohn vorlag, worauf bei der Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag das besondere Gewicht zu legen ist. Alle Anhaltspunkte sprechen sohin für die Annahme eines Dienstvertrags (vgl. Staudinger [7.8] 2, 1064. 1065, Vorbem. vor §§ 611 ff.; auch JW. 1910, 13[20]). Dagegen erachtet das Ber.-Gericht im Gegensatz zum Landgericht die von der Beklagten ausgeübte sofortige Kündigung des Vertrags auf der Grundlage des § 626 BGB. nicht als gerechtfertigt.

Bei der Frage der Zulässigkeit solcher außerordentlichen Kündigung ist als leitender Gesichtspunkt aufzustellen, ob ein Umstand vorliegt, mit Rücksicht auf welchen dem andern Teil eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht wohl mehr zugemutet werden konnte. Dabei ist aber auch die ganze besondere Art des einschlägigen Dienstverhältnisses zu würdigen (Staudinger S. 1134 ff.). Prüft man aber die näheren Umstände, so kann die Handlungsweise des Klägers nicht als eine so hochgradige Verfehlung gegen die Interessen der Beklagten erscheinen, daß ihr nur mit sofortiger Kündigung hätte begegnet werden können.

Der Kläger ist mit seiner Kapelle fortgegangen, weil der Verdienst, der für ihn und seine Leute an jenem Abend zu erwarten war, nur äußerst gering gewesen wäre und er von dem andern Wirte dringend eingeladen worden war, bei ihm zu spielen. Er war wohl der Ansicht, daß die Beklagte sein Fortgehen nicht besonders unangenehm empfinden werde, und hatte auch beabsichtigt, sich bei der Beklagten noch an jenem Abend zu entschuldigen. Es war auch der Schaden, den die Beklagte durch sein Fortgehen erlitt, verhältnismäßig gering; er kann nur darin bestanden haben, daß die zwölf Personen, die damals gezahlt hatten, allenfalls in der Folge nicht mehr damit rechneten, daß in der Wirtschaft der Beklagten an jedem Abend Konzert sei. Einen nachweisbaren Schaden hat die Beklagte nicht gehabt; im Gegenteil, sie ist sogar ihrerseits durch das Fortgehen des Klägers von der Vertragspflicht befreit worden, ihm den für schöne Abende zugesicherten Zuschlag von 8 ℳ zu bezahlen; die Tageseinnahme aus den Eintrittsgeldern floß ohnedies vertraggemäß dem Kläger allein zu.

Die ganze Sachlage war sohin nicht dazu angetan, das Rechtsverhältnis mit dem Kläger sofort zu lösen; die Beklagte hätte ihre Interessen genügend wahren können, wenn sie den Kläger alsbald entsprechend verwarnt, ein etwa bei ihm bestehendes Mißverständnis damit endgültig aufgeklärt und für jeden weiteren Zuwiderhandlungsfall die sofortige Kündigung in Aussicht gestellt hätte. Statt dessen hat sie noch in jener Nacht ohne weiteres eine andre Kapelle angenommen und damit den Vertrag mit dem Kläger schlechthin aufgelöst.

Die außerordentliche Kündigung erweist sich sohin als ungerechtfertigt. — — —"

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 11. Okt. 1915 i. S. M. w. D. L. 456/15. F—z.

39. Rechtsverhältnisse aus der Zeichnung zu einer Deckung für die Kosten einer Ausstellung.

Vgl. 55 Nr. 136.

BGB. 765.

Vom klagenden Verein wurde im Jahre 1914 eine Ausstellung veranstaltet. Der Beklagte übernahm durch den der Klage beigefügten Garantieschein dem Kläger gegenüber bis zur Höhe von 5000 ℳ Garantie für den Fall, daß „sich infolge der Vorbereitung, Durchführung oder Liquidation dieser Ausstellung ein Fehlbetrag ergebe", wobei er sich ausbedang, daß „diese Garantie erst in Anspruch genommen werden könne, nachdem die von der Stadt L. und von der Staatsregierung geleisteten Garantien erschöpft seien", und sich verpflichtete, „innerhalb eines Monats, nachdem ihm der Kläger von dem etwaigen Fehlbetrage Mitteilung gemacht und die Summe gemeldet habe, die er zu zahlen habe, dem Kläger diese Summe zu entrichten, auf keinen Fall aber mehr als den von ihm garantierten Höchstbetrag". Der Kläger behauptete, daß sich nach der von ihm am 31. Dezember 1914 aufgestellten Bilanz ein näher bezifferter Fehlbetrag ergeben habe, zu dessen Deckung nach Abzug der vom Staate und der Stadtgemeinde geleisteten Garantien die Garantiegewährungen insgesamt noch nicht ausreichten, also voll herangezogen werden müßten. Der Kläger hatte den Beklagten unter Bezeichnung des Fehlbetrags mit Rundschreiben vom November 1914 zur Bezahlung der vollen Garantiesumme aufgefordert und klagte nunmehr, indem er gegen gewisse Gegenforderungen des Beklagten aufrechnete, auf Bezahlung von 3324,45 ℳ mit 4 v. H. Zinsen seit dem 2. Febr. 1915.

Der Beklagte bestritt, daß der Kläger am 31. Dez. 1914 eine Bilanz mit dem behaupteten Ergebnisse gezogen habe, die Ausstellung einen Fehlbetrag in der angegebenen Höhe ergeben habe und die Summe der privaten Garantiezeichnungen richtig angegeben sei. Er machte geltend, daß übermäßige Etatsüberschreitungen und Mißgriffe der Ausstellungsleitung zugrunde lägen; ferner, daß er nicht früher zu leisten brauche als bis der endgültige Fehlbetrag feststehe; und daß er seine Leistung zurückbehalten dürfe, bis der Kläger der Verpflichtung zu ordnungmäßiger Rechnunglegung genügt habe.

Die Klage ist in beiden Instanzen als begründet befunden worden. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der vorliegende Vertrag, mit dem der Beklagte dem Kläger verspricht, bis zur Höhe der gezeichneten Summe den etwaigen Fehlbetrag aus dem Ausstellungsunternehmen des Klägers zu decken, stellt einen Garantievertrag im eigentlichen Sinn dieses Wortes dar, mit welchem diese Vertragsart in Rechtslehre und Rechtsprechung bezeichnet und als derjenige Vertrag umschrieben wird, durch den der eine Teil verspricht, für das Risiko einzustehen,

das dem andern Teil aus einer Unternehmung irgendwelcher Art erwächst;

vgl. Meyer in Iherings Jahrb. Bd. 33; Stammler im ArchZiv. Prax. 69, 1. 44. 47. 51. 120; Wienstein im ArchBürgR. 31, 4; Enneccerus BR.[2] 1, 764 § 323 unter III. 1; Oertmann Schuldverh.[4] 805 Anm. 2 zu § 676 BGB.; Plank BGB[3] 2, 822 Anm. III. 2 vor § 765; Rg. in JW. 1899, 215 und SeuffA. 55 Nr. 136.

Dieser Vertrag ist ein einseitiger Vertrag und verpflichtet deshalb nur den Garantieübernehmer, nicht den Garantieempfänger (vgl. Stammler S. 49. 120. 1211; Enneccerus a. a. O. unter 5). Trotz des Interesses, das der Garantieübernehmer im Zweifel an der Ausführung des Unternehmens hat, das zu unterstützen er bereit ist, wird deshalb für ihn dem Garantieempfänger gegenüber ein Anspruch auf Rechnunglegung, etwa so, wie ihn wegen des Anspruchs auf Ausführung des Geschäfts (§ 662 BGB.) der Auftraggeber gegenüber dem Beauftragten nach § 666 BGB. hat, nicht begründet. Schon hiermit erledigt sich also die Einrede der Zurückbehaltung, die der Beklagte, sei es nach § 322, sei es nach § 273 BGB. erheben zu dürfen glaubt.

Nicht ist damit die Frage beantwortet, ob im einzelnen Falle der Garantieempfänger dem Übernehmer den Beweis vom Eintritt des Garantiefalls zu führen hat. Grundsätzlich wird diese Frage zu bejahen sein, und sie ist auch in der oben angezogenen RGEntscheidung, die einen ähnlichen Fall der Garantieübernahme gegenüber den Unternehmern einer Ausstellung behandelt, bejaht worden. Dieser Fall würde auch dem gegenwärtigen gleichen, wenn wahr und wesentlich wäre was der Beklagte behauptet, daß ihm nämlich der Vorstandsvorsitzende des Klägers zugesagt hätte, er, der Beklagte, brauche erst nach Abrechnung zu bezahlen. Im angefochtenen Urteil ist jedoch bereits mit zutreffenden Gründen dargelegt worden, daß diese — an und für sich recht unwahrscheinliche — vor der schriftlichen Festlegung des Vertrags der Parteien angeblich geschehene Zusage durch die urkundliche Vereinbarung gegenstandlos geworden ist, weil diese etwas andres bestimmt. Der Beklagte hat sich im Garantieschein zur Leistung bereits auf die Mitteilung vom Vorhandensein eines etwaigen Fehlbetrages und die Meldung der Höhe seiner Inanspruchnahme verpflichtet. Das heißt so viel, daß er das öffentliche Vertrauen, das die Leiter des Ausstellungsunternehmens des Klägers an ihre Stelle gehoben hatte, teilte und deshalb auf den Nachweis des Bestehens eines Fehlbetrages sowie seiner Höhe und der Zulässigkeit der Berechnung dessen verzichtete, was er nach dem Garantievertrage zu leisten schuldig war. Daß dies begründeterweise dem vorliegenden Abkommen zu entnehmen ist, läßt sich überdies mit den Ausführungen belegen, in denen das angefochtene Urteil sich an die Begründung des mehrfach angezogenen Reichsgerichtsurteils anschließt, und die auf den wohlbegründeten Ausspruch hinauslaufen, daß die Notwendigkeit der Beweisführung über Bestehen und Höhe des die Garantieleistung bedingenden Fehlbetrags diese in Fällen der vorliegenden Art

zur Erfüllung der Aufgabe, denen sie zu dienen bestimmt ist, ungeeignet machen würde.

Da, wie hieraus sich ergibt, nach dem Willen der am Vertrage Beteiligten lediglich der Beschluß des Klägers für die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten entscheidend sein soll, so ist es dem Beklagten auch zu verwehren, daß er die Grundlagen, auf denen der Beschluß der Einforderung der Garantiesumme beruht, bemängele und geltend mache, wie einerseits Eingänge (so die Garantiesumme) zu niedrig, anderseits Ausgänge zu hoch eingesetzt seien. Es ist ihm aus demselben Grunde sowohl wie als Folgerung aus dem Begriff des Garantievertrags, der im Zweifel die Gefahr des ganzen Unternehmens dem Garantieübernehmer auferlegt (vgl. Stammler 132. 134. 135; Enneccerus 765 Nr. 5 und 7; Oertmann Anm. 2dδ), auch nicht zu gestatten, daß er je nach der Ursache der Entstehung die Leistungspflicht für einen Teil des tatsächlichen Fehlbetrags ablehne, wie der Beklagte es anscheinend in Hinsicht auf denjenigen von ihm nicht begrenzten Teil des Ausfalls zu tun beabsichtigt, der nach seiner Meinung durch das, von ihm übrigens in keiner Weise begründete, Verschulden der Vertreter des Klägers verursacht worden ist.

Eine Grenze findet allerdings das vom Beklagten sonst uneingeschränkt übernommene Risiko in der Vertragsbestimmung, daß seine Garantie erst in Anspruch genommen werden dürfe, nachdem die vom Staat und von der Stadtgemeinde geleisteten Garantien erschöpft seien. Der Beklagte bestreitet aber weder, daß ein Fehlbetrag vorhanden ist, noch daß ein solcher auch nach dem Abzuge des Betrages der Garantiesumme des Staats und der Stadtgemeinde verbleibt. Der Fall, für den sich der Beklagte zur Leistung verpflichtet hat, ist also eingetreten, sofern nicht etwa anzunehmen ist, daß die Leistungszeit noch nicht gekommen sei.

In dieser Hinsicht könnte sich der Beklagte, dafern sein Vorbringen beachtlich wäre, auf das Zugeständnis des Klägers berufen, daß eine das Endergebnis des Ausstellungsunternehmens feststellende Schlußabrechnung nicht vorhanden, vielmehr aus den bisherigen Aufstellungen nur ein vorläufiges, künftiger Abänderung zugängliches Ergebnis zu gewinnen sei. Die Abrechnung, auf Grund deren die Beitragspflicht der Garantieübernehmer bestimmt wird, kann aber in Fällen der vorliegenden Art eine endgültig abschließende nicht sein, weil einer solchen notwendigerweise die Einforderung der Garantiesummen und darnach die Feststellung vorausgehen muß, inwieweit die Garantieleistungen eingehen und inwieweit sie nicht beitreibbar sind. Es ist also, ehe an die von der Beklagten geforderte Schlußabrechnung auch nur gedacht werden kann, der Ausgang der wegen der Einziehung der Garantiesummen noch schwebenden Prozesse abzuwarten. Gerade die Zahlungsweigerung der verklagten Garantieübernehmer macht den endgültigen Abschluß unmöglich, der weiter durch die Kosten der dem Kläger aufgenötigten Prozesse und durch die bis zu deren Beendigung fortdauernd entstehenden

Verwaltungskosten beeinflußt werden wird. Diese Erwägungen (vgl. JW. a. a. O. 216. 217) ergeben, daß der Garantievertrag der Parteien das Vorliegen einer Abrechnung, von der auch in der Vertragsurkunde nicht die Rede ist, und jedenfalls den Abschluß einer Berechnung, aus der das endgültige Ergebnis des Unternehmens des Klägers hervorgeht, nicht zur Bedingung oder zur Zeitbestimmung zum Zweck der Feststellung der Fälligkeit der Garantiesumme hat machen können und wollen. Dem Beklagten lag es deshalb ob, seiner Zahlungsfrist innerhalb des vereinbarten Monats, gerechnet vom Tage der Einforderung, zu genügen.

Darnach rechtfertigt sich das angefochtene Urteil und ist die Berufung des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 25. Okt. 1915 i. S. K. (Bkl.) w. Verein Internat. Ausst. f. Buchgew. ꝛc. 5 O. 105/15. Ch.

---

40. Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch nicht grobfahrlässigen Ankauf von einem Nichteigentümer.

Vgl. 60 Nr. 192; 63 Nr. 13; 69 Nr. 5. — BGB. §§ 932. 956.

Die drei Beklagten hatten zusammen durch Vertrag v. 17. Jan. 1913 vier Kühe um den Gesamtpreis von 1220 ℳ von St. gekauft, der Beklagte Tr. außerdem noch 30 Zentner Stroh. St. bewirtschaftete damals das Anwesen des Klägers Sp. in P., das er seit Juni 1912 bewohnte; er hatte zur Fortführung der Bewirtschaftung vom Kläger im Sommer 1912 den Betrag von 1200 ℳ geliehen, womit er sich auch die streitigen Kühe angeschafft hatte. Verkaufsverhandlungen über das Gut zwischen ihm und dem Kläger kamen nicht zum Abschlusse. Darauf klagte der Kläger gegen die Beklagten auf Herausgabe der Kühe und des Strohs. — In 1. Instanz wurden die Beklagten verurteilt, während die Klage in 2. Instanz abgewiesen wurde. Aus den Gründen:

„— — — Für das vom Kläger behauptete Eigentum liegt diesem der Beweis ob. Daß die streitigen Kühe zunächst Eigentum des St. waren, ist nicht bestritten und auch vom 1. Richter mit Recht angenommen worden. Das streitige Stroh stellt sich als Frucht des Anwesens i. S. des § 99 BGB. dar, dessen Eigentumserwerb sich nach § 953 ff. BGB. regelt. Der Kläger hat es unterlassen, das Rechtsverhältnis zwischen ihm und St. näher aufzuklären, der 1. Richter hat sich damit begnügt, festzustellen, daß St. im Juni 1912 auf das Anwesen ‚aufgezogen ist und dessen Bewirtschaftung übernommen hat'. Wenn nun auch ein Pachtverhältnis nach § 581 BGB. zwischen St. und dem Kläger nicht als gegeben anzunehmen ist, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß St. gemäß § 956 BGB. Eigentum an dem fraglichen Stroh erworben hat. Er war von Anfang an unmittelbarer Besitzer des Anwesens nach § 868 BGB.; denn er war nach der eigenen Sachdarstellung des Klägers ihm gegenüber auf Zeit zum Besitz desselben berechtigt (JW. 1913, 432) und

nicht nur Besitzdiener nach § 855 BGB. Er war, wie oben angeführt, zunächst Eigentümer der Kühe und sein Eigentum an dem an Tr. veräußerten Stroh ist mindestens nicht widerlegt, jedenfalls das Eigentum des Klägers hieran nicht nachgewiesen worden. Sein Eigentum leitet der Kläger ab aus einem Vertrage zwischen ihm und St., wonach ihm dieser Eigentum am gesamten Anwesensinventar übertragen habe. Wenn sich der 1. Richter mit dieser Behauptung eines weder der Zeit noch dem Inhalt nach auch nur einigermaßen klargelegten mündlichen Vertrages als Beweis für das Eigentum des Klägers auf Grund des § 930 BGB. begnügt hat, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Der Kläger mußte den genauen Inhalt der behaupteten mündlichen Verabredung zwischen ihm und St. dartun und beweisen, wenn das Gericht feststellen sollte, daß hiermit bezüglich der Kühe und der Ernte ein Rechtsverhältnis nach § 868 BGB. begründet worden sei.

Das Ber.-Gericht erachtet aus diesen Erwägungen schon den Klaganspruch für unbegründet, weil hiernach der Kläger den Beweis für sein Eigentum an den Streitobjekten nicht erbracht hat. Aber auch letzteres als bewiesen angenommen, ist die Klage nicht gerechtfertigt. Vorweg sind die Kühe und das Stroh durch deren Überlassung an die Beklagten seitens des St. dem Kläger nicht i. S. des § 935 BGB. abhanden gekommen, weil St. deren Besitzer nach § 868 BGB. gewesen ist (Staudinger zu § 855 und 868; Komm. v. RGRäten zu § 855 RGEntsch. 54, 68 [SeuffA. 59 Nr. 8]; 71, 251). Dem Kläger liegt sodann der Beweis ob, daß die Beklagten mangels guten Glaubens nach § 929. 932 BGB. nicht Eigentum an den Gegenständen erworben haben.

Für das Ber.-Gericht steht fest, daß den Beklagten zur Zeit der Übergabe der Gegenstände nicht bekannt war, daß sie dem St. nicht gehörten. Es erachtet aber auch einen genügenden Beweis dafür nicht als erbracht, daß den Beklagten bei der Abnahme der Kaufobjekte infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß diese dem St. nicht gehörten. Wenn der 1. Richter sich für seine gegenteilige Annahme auf die Entscheidung des RG. Entsch. 58, 162 durch Wiedergabe einiger Sätze derselben bezogen hat, so hat er außer acht gelassen, daß auch hierin zum Vorliegen grober Fahrlässigkeit eine Nichtvornahme der Prüfung der Rechte des Veräußerers verlangt wird, was schlechthin mit dem Verhalten eines ordentlichen Mannes unverträglich ist; daß also die Unkenntnis des Rechtsmangels von dem Erwerber durch eine besonders schwere, nicht nur durch eine durchschnittlich zu vermeidende Sorgfaltsverletzung herbeigeführt sein muß, um den Vorwurf grober Fahrlässigkeit zu begründen. Grob fahrlässig handelt derjenige, welcher die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in solch hohem Grade außer acht läßt, daß unter den gegebenen Umständen jedermann diese Sorgfaltverletzung erkennen kann und muß (JW. 1915, 22). Nicht die Sorgfaltsbeobachtung des vorsichtigen und ängstlichen Mannes ist der Maßstab für die grobe Fahrlässigkeit, sondern diejenige, zu deren Anwendung im Einzelfall jedermann für verpflichtet erachtet werden muß.

Wenn St. den Beklagten ausdrücklich auf deren Erkundigung erklärt hat, daß er der Eigentümer der Kaufobjekte sei, so bestand für diese ohne besondere, vom Kläger garnicht behauptete Tatsachen kein Grund, diese Angaben anzuzweifeln, um so weniger, als St. ihnen als Besitzer des Anwesens gegenübertrat und den Verkauf des Viehs mit seiner Absicht, das Anwesen auch zu veräußern, begründete, auch der von ihm verlangte Kaufpreis — bei Vergleichung mit dem vom Kläger jetzt verlangten Ersatzwert der Kaufobjekte — kein besonders niedriger, den Verdacht der Verschleuderung rechtfertigender gewesen ist. Es lagen hiernach bei dem Kauf keine objektiven Gründe vor, welche die Beklagten zu weiteren Nachforschungen nach der Richtigkeit der Angaben des St. veranlassen mußten. — — —"

Urteil des OLG. München (3. Sen.) v. 6. März 1915 i. S. Sp. w. Tr. u. Gen. L. 528/14. P.

---

41. Anspruch der Mutter, der nach § 627 ZPO. die Sorge für das Kind übertragen war, auf dessen Herausgabe gegen einen Dritten.

Vgl. 65 Nr. 191 m. N.; 69 Nr. 250.
BGB. § 1632; ZPO. § 627.

Das Kind war von dessen Vater dem Beklagten zur Erziehung übergeben worden; die Mutter erhob Klage auf Herausgabe des Kindes. Dem Beklagten wurde vom Landgericht das nachgesuchte Armenrecht verweigert, seine Beschwerde wurde zurückgewiesen. Gründe:

„Die Klägerin hat in dem zwischen ihrem Ehemann und ihr anhängigen Rechtsstreit wegen Ehescheidung am 26. Mai 1915 eine einstweil. Verfügung des Prozeßgerichts erwirkt, wonach ihr für die Dauer dieses Rechtsstreits die Sorge für das gemeinschaftliche Kind übertragen und ihr insbesondere auch gestattet wurde, das Kind an sich zu nehmen. Diese einstweil. Verfügung übertrug der Klägerin das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1631 BGB.). Ohne diese Verfügung würde die Sorge für die Person des Kindes in erster Linie dessen Vater und der Mutter nur neben ihm zustehen (§§ 1627. 1630. 1631. 1634 BGB.); gemäß dem letzten Satz des § 1634 würde bei einer Meinungsverschiedenheit die Meinung des Vaters vorgehen. Durch die einstweil. Verfügung ist jedoch dem Vater, obwohl er nach wie vor Träger der elterlichen Gewalt und gesetzlicher Vertreter des Kindes bleibt, im Verhältnis zu seiner Frau das Vorrecht bezüglich der Sorge für die Person des Kindes entzogen worden.

Die Mutter hat auf Grund der einstweil. Verfügung auch das ausschließliche Recht erlangt, die Herausgabe des Kindes von jedem, der es ihr widerrechtlich vorenthält, zu begehren (§ 1632). Widerrechtlich ist die Vorenthaltung des Kindes gegenüber der zur Sorge für die Person des Kindes berechtigten

Mutter dann, wenn dem Vorenthaltenden kein Recht auf Vorenthaltung zukommt. Der Beklagte hat aber ein solches Recht weder nach dem Gesetze, noch auf Grund einer Anordnung des Vormundschaftgerichts (vgl. § 1666 BGB.), noch auf Grund öffentlichrechtlicher Normen. Er kann sich insbesondere auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Vater das Kind ihm anvertraut hat; steht doch nach Maßgabe der einstweil. Verfügung der Mutter sogar gegen ihren Ehemann selbst das Recht auf Herausgabe des Kindes an sie zu.

Die beabsichtigte Rechtsverteidigung des Beklagten erscheint demnach als aussichtlos."

Beschluß des OLG. Augsburg (2. Sen.) v. 23. Nov. 1915. II. 156/15

S.

---

42. Übernahme lebenslänglicher Haushaltführung und Pflege als Hausdame gegen eine Vergütung bis an ihr Lebensende; kein Geschäft von Todes wegen.

Vgl. 49 Nr. 15 m. N.

BGB. §§ 1939. 611.

Die Beklagte war Hausdame bei den Eltern, und nach dem Tode der Mutter bei dem Vater der Klägerin, L., gewesen. In dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute L. war ihr eine Zimmereinrichtung und die Summe von 6000 M vermacht worden. Nach dem Tode seiner Frau schloß L. am 1. April 1905 mit der Beklagten einen notariellen Vertrag, worin diese sich verpflichtete, ihn bis an sein Lebensende zu pflegen und ihm in seinem Haushalt ihre Dienste ausschließlich zur Verfügung zu stellen. Als Gegenleistung wurde ihr eine jährliche Vergütung von 600 M bis zu ihrem Lebensende zugesichert. L. starb 1914 mit Hinterlassung von sechs Testamentserben. Nachdem drei Miterben ihre Zustimmung dazu erteilt hatten, daß der Beklagten 300 M von der vereinbarten Jahresrente ausbezahlt würden, erhob die Klägerin eine Feststellungsklage dahin, daß der Beklagten nur eine Rentenforderung von 300 M jährlich zustehe. Die Klägerin ging davon aus, daß der Vertrag v. 1. April 1905 eine Verfügung von Todes wegen enthalte, zu der ihr Vater wegen des gemeinschaftlichen Testaments mit der Mutter nicht berechtigt gewesen sei. — Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Testamentserbe hat im Fall des gemeinschaftlichen Testaments in analoger Anwendung des § 2287 BGB. (vgl. RGEntsch. 58, 64) das Recht, die Herausgabe beträchtlicher Schenkungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu verlangen; diese Vorschriften sind auch anwendbar, wenn es sich um eine unter der Form eines andern Rechtsgeschäfts verschleierte Schenkung handelt (vgl. Prot. 5, 391). Diesen Weg hat die Klägerin nicht beschritten, sie hat nicht einen persönlichen Bereicherungsanspruch geltend gemacht, insbesondere nicht ein etwa durch

den Rentenvertrag verschleiertes Schenkungsversprechen zurückgefordert, sondern sie begehrt im Hinblick auf die Tatsache, daß drei Erben die Rente in Höhe von 300 ℳ anerkannt haben, Feststellung, daß die Beklagte an den Test.-Vollstrecker nur eine Forderung von 300 ℳ jährlich, d. h. also in Höhe des von den drei Miterben anerkannten Betrages, an den Test.-Vollstrecker habe. Es handelt sich also in Wirklichkeit um eine negative Feststellungsklage dahin, daß die Beklagte in Höhe der weiteren, im Vertrage vereinbarten 300 ℳ eine Forderung gegen den Nachlaß nicht habe. Zur Anstellung solcher Klage ist die Klägerin als Erbin, trotz des Umstandes, daß Test.-Vollstrecker vorhanden sind, als berechtigt anzusehen, denn gemäß § 2213 BGB. kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, sowohl gegen den Erben als gegen den Test.-Vollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden; und da hier zur Entscheidung verstellt ist, ob die Beklagte einen Anspruch gegen den Nachlaß hatte, handelt es sich um einen Passivprozeß ungeachtet der aus der Natur der negativen Feststellungsklage sich ergebenden formellen Parteistellung der Klägerin. Die Klage ist aber sachlich unbegründet.

Der überlebende Ehegatte hat beim gemeinschaftlichen Testament als Erbe freie Verfügung über den Nachlaß. Der Dritte, nicht Nacherbe des Erstverstorbenen, erhält nur, was beim Tode des Letztlebenden noch vorhanden ist, und der einzige Rechtsbehelf des dritten Testamentserben gegen ihn benachteiligende Verfügungen unter Lebenden seitens des letztlebenden Testators ist im § 2287 BGB. gegeben. Als eine somit dem verstorbenen Erblasser zustehende Verfügung unter Lebenden aber, nicht als eine Verfügung von Todes wegen, stellt sich der fragliche Vertrag mit der Beklagten dar.

> Bei den Rechtsgeschäften von Todes wegen tritt die Rechtswirkung erst mit dem Tode dessen ein, der die Willenserklärung abgegeben hat; die Rechtsfolge ergreift nicht das gegenwärtige Vermögen, sondern soll erst beim Tode des Verfügenden für den alsdann vorhandenen Nachlaß in Wirkung treten.
>
> (Vgl. v. Thur. B. R. § 50[3]; Endemann B. R. 1 § 62, 2).

Aus dem ganzen Inhalt des Vertrages v. 1. April 1905 ist ersichtlich, daß seine Rechtswirkung gegenwärtig eintreten sollte; die angebliche Erwartung alsbaldigen Todes des L. ist in dem Vertrage auch nicht einmal andeutungweise zum Ausdruck gekommen. Der Vertrag stellt sich daher als ein Dienstvertrag dar und an dieser rechtlichen Beurteilung würde auch nichts durch den Umstand geändert, daß etwa die Befürchtungen des L. in bezug auf die Folgen einer Operation für den Zeitpunkt des Vertragschlusses von maßgebender Bedeutung waren. Der Vertrag ist seinem ganzen Inhalt nach abgestellt auf die Erwartung einer weiteren Lebensdauer des L., und wenn L. auch in der Tat Befürchtungen für sein Leben gehegt haben sollte, hinderte ihn das natürlich nicht, wie geschehen, einen Vertrag für sein weiteres Leben abzuschließen. Dadurch wird der Vertrag nicht zu einem Geschäft von Todes wegen.

Die rechtliche Beurteilung könnte aber nicht einmal dann eine andre sein, wenn beide Parteien — was überhaupt nicht erweisbar ist — mit Sicherheit auf den alsbaldigen Tod des L. gerechnet und nur zum Schein den Vertrag in der Form eines nach ihrer Überzeugung der Ausführung überhaupt nicht fähigen Dienstvertrages gekleidet hätten. Es mag der Klägerin zugegeben werden, daß es in solchem Falle zweifelhaft sein könnte, ob nicht der Vertrag gemäß § 2301 Abs. 1 als Verfügung von Todes wegen anzusehen wäre; denn dann wäre, da die Beklagte zur Ausführung ihrer Leistung gar keine Gelegenheit mehr gehabt hätte, die Gegenleistung in Wirklichkeit eine unentgeltliche Leistung, und die Auffassung, daß in diesem Falle der Vertrag in Wirklichkeit als ein durch das Überleben des Beschenkten bedingtes Schenkungsversprechen anzusehen wäre, würde nahe liegen. Dieser Fall ist jedoch nicht eingetreten. Der Erblasser hat noch fünf Jahre gelebt, die Beklagte vertraggemäß bezahlt, und die Beklagte hat ihre Leistung ausgeführt; beide hätten daher dadurch, daß sie dem als Schenkung von Todes wegen abgeschlossenen Vertrage in dieser Weise nachlebten, stillschweigend ihren Willen zum Ausdruck gebracht, den Vertrag als einen solchen unter Lebenden aufrechtzuerhalten und fortzuführen. Die in solchem Falle ursprünglich vielleicht gerechtfertigte Auffassung als Schenkungsversprechen verböte sich auf Grund der nachträglichen Gestaltung des Vertragsverhältnisses.

Es handelt sich mithin bei dem Vertrage um eine dem Erblasser freistehende, daher wirksame Verfügung unter Lebenden. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 18. Juni 1915 in der Hamb. Sache M. w. D. Bf. IV. 35/15. A—d.

---

43. Darf der einzelne Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung zur Leistung an die Gesellschaft einklagen?

Vgl. 65 Nr. 163.

HGB. §§ 114. 125; BGB. §§ 709. 432.

— — — Es handelt sich um Forderungen, die der off. Handelsgesellschaft H. & Co. gegen die Beklagten zustehen sollen. Die off. Handelsgesellschaft, nicht der Kläger persönlich, einer der Gesellschafter, ist laut der Klagebegründung der Gläubiger. Die zu entscheidende Frage ist also, ob der Kläger als Teilhaber der off. Handelsgesellschaft H. & Co. berechtigt ist, eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Forderung in der Weise geltend zu machen, daß er im eigenen Namen Leistung an die Gesellschaft fordert.

Ein solches Recht des Klägers kann nur aus dem § 432 BGB. und der Anwendung dieser Vorschrift auf Gemeinschaften zur gesamten Hand, insbesondere auf die Gesellschaft hergeleitet werden. Falls mehrere, die nicht Gesamtgläubiger sind, eine unteilbare Leistung zu fordern haben, so kann laut § 432 jeder Gläubiger die Leistung an alle fordern. Zweifellos sind die

Glieder einer Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht Gesamtgläubiger i. S. des § 428 BGB., weil nicht jeder die ganze Leistung fordern kann. Auch ist die einer Gemeinschaft zur gesamten Hand geschuldete Leistung im Rechtssinn unteilbar, weil der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten kann. Die Vorschrift des § 432 ist also auf Forderungen, die einer Gemeinschaft zur gesamten Hand zustehen, grundsätzlich anzuwenden. Hieraus erklärt sich die in § 2039 für die Erbengemeinschaft gegebene Regel, daß jeder Miterbe die Leistung an alle Erben fordern kann. Sie ist keine Ausnahmevorschrift, sondern stellt nur der Deutlichkeit halber ausdrücklich fest, was aus der Behandlung der Erbengemeinschaft als Gesamthandverhältnis folgt. So hat sich auch das Reichsgericht mehrfach, insbesondere in den Urteilen v. 23. Jan. 1905, IV. 298/04 (JW. 1905, 146[28]) und v. 9. Jan. 1913, IV. 524/12, ähnlich auch schon in dem älteren Urteil v. 1. Dez. 1900, V. 228/00 (Entsch. 48, 269) ausgesprochen. Es ist daraus für die familienrechtlichen Gesamthandverhältnisse, wie eheliche Gütergemeinschaft, fortgesetzte Gütergemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft gefolgert, daß der § 432 auf sie anwendbar und daß somit jeder Teilhaber berechtigt sei, gegen Schuldner der Gemeinschaft auf Leistung an alle zu klagen; jedoch mit der auch für den Streitfall wesentlichen Einschränkung, daß ein solches Recht jedem Gesamthänder jedenfalls dann zustehe, wenn nicht eine ausschließende Verfügungsgewalt des Ehemannes oder der Witwe begründet sei.

Auch durch die Gesellschaft wird eine Gemeinschaft zur gesamten Hand am Gesellschaftsvermögen begründet. Deswegen hat das Reichsgericht in dem Urteil v. 9. Nov. 1908, VI. 661/07 (Entsch. 70, 32) den § 432 BGB. auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts angewandt, was in dem Urteil Entsch. 76, 280 in einer beiläufigen Bemerkung gebilligt ist. Jene Entscheidung betrifft eine Gesellschaft, für die über Geschäftsführung und Vertretung nichts bestimmt war. Ob ihr für solchen Fall zuzustimmen sei, kann dahingestellt bleiben. Bedenken erheben sich aus dem § 709 BGB., dessen 1. Absatz bestimmt, daß die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht und für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Es muß zweifelhaft erscheinen, ob nicht diese für die Gesellschaft getroffene Sondervorschrift die Anwendung der allgemeinen Regel des § 432 auf die Gesellschaft ausschließt. Will man dies aber auch mit dem angeführten Urteil verneinen, so liegt doch die Sache anders für Gesellschaften, deren Geschäftsführung durch Gesetz oder Vertrag abweichend von dem § 709 Abs. 1 geregelt ist. Ein Gesellschafter, der von einem Schuldner der Gesellschaft Leistung an alle fordert, führt kraft des eigenen, ihm am Gesellschaftsvermögen zustehenden Rechtes die Geschäfte der Gesellschaft. Seine Befugnis kann sich nur auf das Recht gründen, das er kraft des Gesellschaftsverhältnisses am Gesellschaftsvermögen hat; sie kann deswegen nicht bestehen, wenn die Gesellschaft durch Gesetz oder Vertrag so organisiert ist,

daß eine Befugnis des Gesellschafters, Geschäfte der Gesellschaft überhaupt oder doch im eigenen Namen zu führen, damit unvereinbar ist. Dies trifft immer zu, wenn die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist; denn solche Bestimmungen haben den Sinn und Zweck, daß die Geschäfte der Gesellschaft ihnen gemäß und nicht anders geführt werden sollen. Sie schließen andre Befugnisse der Gesellschafter zur Geschäftsführung, die bei dem Mangel solcher Bestimmungen bestehen würden, aus. Darnach findet bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn die Geschäftsführung gemäß § 710 einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist, der § 432 keine Anwendung. Das entspricht auch durchaus dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Regel des § 432 verfolgt, nämlich Schwierigkeiten vorzubeugen, die entstehen können, wenn einer der mehreren Gesamthandgläubiger sich zurückhält und seine Mitwirkung verweigert. Diese Schwierigkeiten sind ausgeschlossen bei Gesellschaften, in denen die Führung der Geschäfte einem oder einigen bestimmten Gesellschaftern übertragen ist; die Anwendung des § 432 auf solche Gesellschaften würde also über den Zweck des Gesetzes hinausgehen. Die hier für die Anwendung des § 432 dargelegten Grundsätze entsprechen auch durchaus den Grundsätzen, die in den angeführten früheren Urteilen für die Anwendung des Paragraphen auf die familienrechtlichen Gemeinschaften aufgestellt sind; wie dort die Fälle vorbehalten sind, in denen dem Ehemann oder der Witwe eine ausschließliche Verfügungsgewalt über das Gesamtgut zusteht, so sind bei der Gesellschaft die Fälle auszunehmen, in denen die Geschäftsführung abweichend von der Vorschrift des § 432 geregelt ist.

Was hiernach allgemein für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt, das gilt im höchsten Maße für die off. Handelsgesellschaft, weil sie sowohl im Interesse der Verkehrssicherheit, also der Außenstehenden, wie der Gesellschafter selbst besonders straff geregelt ist. Wie das Reichsgericht (Entsch. 56, 209) schon früher ausgesprochen hat, gestattet die Vereinigung zur gesamten Hand ein mehr oder minder enges Maß der Zusammenfassung. Bei der off. Handelsgesellschaft ist die Zusammenfassung so stark, daß die Gesellschaft zwar keine juristische Person ist, aber sich ihr nähert (Entsch. 56, 432). Dies bewirkt, daß der Teilhaber der Gesellschaft wie ein Dritter gegenübersteht, und daß diese im Verhältnis zu den Außenstehenden als ein einheitliches Rechtswesen erscheint, was sich äußerlich darin zeigt, daß sie einen eigenen, von dem der Gesellschafter verschiedenen Namen führt. Dieser straffen Organisation entspricht es, daß die Rechte der Geschäftsführung (HGB. §§ 114ff.) und der Vertretung (§§ 125ff.) eingehend geregelt sind. Die Regelung der Vertretung ist auch, soweit das Gesetz nichts andres ergibt, zwingend, wodurch das Interesse der Verkehrssicherheit gewahrt wird. Sie kann deswegen auch nicht durch Hereinziehung andrer allgemeiner Rechtsregeln durchbrochen werden.

Betrachtet man die Regeln über Geschäftsführung und Vertretung im einzelnen, so zeigt sich, daß die Anwendung des § 432 mit ihnen nicht vereinbar ist. Das Recht, im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen, würde von besonderer Wichtigkeit für den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter sein. Zweck des Ausschlusses ist aber, daß die andern Gesellschafter gegen seine Einmischung in die Geschäfte gesichert sein sollen. Für ihn bestimmt der § 118, daß er sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten kann; weiter soll sein Recht nicht gehen. Dürfte er sich auch handelnd durch Erhebung einer Klage im eigenen Namen einmischen, so wäre der Zweck der Einrichtung vereitelt. Für die in Normalstellung gemäß §§ 114 und 125 befindlichen Gesellschafter ist das Recht, im eigenen Namen zu klagen, entbehrlich, weil jeder namens der Gesellschaft vorgehen kann. Sie sollen aber gemäß § 115 Satz 2 den Widerspruch eines andern Gesellschafters beachten, was vereitelt würde, wenn ihnen der Weg der Klage im eigenen Namen offenstände. Für die Sicherheit der Außenstehenden ist es durchaus erforderlich, daß die Gesellschaft ihnen gegenüber nur als Einheit auftritt; sie dürfen nicht dem ausgesetzt sein, daß sie erst mit einem Gesellschafter und dann noch mit der Gesellschaft streiten müssen. Es ist also mit der Gesamtheit der Vorschriften über Geschäftsführung und Vertretung der off. Handelsgesellschaft und mit den Zwecken dieser Vorschriften unvereinbar, daß ein Teilhaber im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft klagen kann.

Dieses Recht ist ihm auch noch niemals zuerkannt worden. Im Gegenteil ist in dem Urteil v. 25. März 1899 (V. 444/98) ausgesprochen, daß nach dem rechtlichen Wesen der off. Handelsgesellschaft während ihres Bestehens, und auch während der Liquidation, der einzelne Gesellschafter, der nicht zu ihrer Vertretung berufen ist, nicht befugt sei, zu eigenen Gunsten oder zugunsten der Gesellschaft aus den von ihr mit Dritten geschlossenen Verträgen gegen den andern Vertragsteil klagend aufzutreten; das gleiche gelte für Feststellungsklagen. Das wird als ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts bezeichnet. Freilich ist das Urteil vor 1900 ergangen, das zugrunde liegende bürgerliche Recht ist aber das preuß. Allgem. Landrecht, dem die Rechtsschöpfung der Gesamthand im BGB. nachgebildet ist; auf inhaltlich abweichende Vorschriften des älteren bürgerlichen Rechts ist also das Urteil nicht zurückzuführen. Daß für die im Handelsverkehr so sehr vorherrschende Gesellschaftsform der off. Handelsgesellschaft kein richterlicher Ausspruch sich findet, der die Klage eines Teilhabers auf Leistung an die Gesellschaft zuließe, beweist auch, daß die allgemeine Rechtsanschauung diese Klage für unzulässig erachtet.

Der erkennende Senat kommt also zu dem Ergebnisse, daß zwar bei Gesamthandverhältnissen, bei denen die Geschäftsführung und Vertretung nicht durch Gesetz oder Vertrag anders geregelt sind, jeder einzelne Leistung an alle fordern kann; daß dies aber für Gesellschaften, wenn überhaupt, so

jedenfalls nur dann gilt, wenn die Führung der Geschäfte gemäß § 709 allen gemeinschaftlich zusteht; daß es aber nicht gilt für Gesellschaften, für welche die Geschäftsführung und Vertretung durch besondere Gesetzesvorschriften oder Verträge anders geregelt sind, und daß es deshalb sicherlich nicht für die off. Handelsgesellschaft gilt, für die eine genaue, zum Teil auch zwingende Regelung dieser Punkte besteht.

Daraus folgt ohne weiteres, daß der Kläger für seine Leistungsanträge nicht klageberechtigt ist und diese also mit Recht abgewiesen sind. — — —

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 27. Nov. 1914 in der preuß. Sache H. (Kl.) w. St. (II. 305/14). Auch in RGEntsch. 86 Nr. 15 S. 66.

II. Verfahren.

44. Zulässigkeit einer Ersatzzustellung in den Fällen des § 172 ZPO.

ZPO. § 172.

— — — **Bei der hier in Frage stehenden Zustellung des Versäumnisurteils an einen Gemeinen des aktiven Heeres kann eine Ersatzzustellung in der Schreibstube der Kompagnie, wenn dort der Chef der dem Empfänger zunächst vorgesetzten Kommandobehörde nicht angetroffen wird, an einen bei dieser beschäftigten und in der Schreibstube anwesenden Angehörigen der Kompagnie (Kompagnieschreiber) nicht bemängelt werden.** In einer Entschließung des bayer. Staatsministeriums für Verkehrsangelegenheiten v. 12. März 1914 (Bayer. JMBl. 1914, 40) wird die Bewirkung einer solchen Ersatzzustellung ausdrücklich angeordnet. Für deren Zulässigkeit sprechen der Wortlaut der Zivilprozeßordnung, insbesondere die §§ 172 und 184 und die große Mehrheit der Erläuterer (s. z. B. Förster-Kann[3] Bem. 2 zu § 172; Skonietzki-Gelpcke Bem. 6 zu § 172), ebenso wie die Bedürfnisse des gerichtlichen und des militärischen Geschäftsverkehrs. — — —

Beschluß des OLG. München (1. Sen.) v. 1. Okt. 1915 i. S. K., Sp. & Cie. w. W. Beschw.-Reg. 489/15. F—z.

---

45. Keine Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod des Prozeßbevollmächtigten einer Partei nach Zustellung des Urteils.

Vgl. 40 Nr. 314 m. N.; 69 Nr. 112 m. N.

ZPO. § 244.

Nach Zustellung des Ehescheidungsurteils an die Prozeßbevollmächtigten der Parteien, die am 23. Juli 1912 erfolgte, war der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten, Justizrat M., Anfang August 1912 gestorben. Am 28. August 1912 zeigte Rechtsanwalt F. dem Landgericht an, daß er nunmehr den Beklagten vertrete, und diese Anzeige machte der genannte Anwalt am 19. März

1914 auch der Klägerin. Diese legte am 31. März Berufung ein, die trotz Widerspruchs des Beklagten vom Kammergericht als rechtzeitig eingelegt zugelassen wurde. Das in der Hauptsache abändernde Ber.-Urteil wurde vom Reichsgericht aufgehoben. — Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht hat angenommen, daß durch den nach der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils, aber vor dem Ablauf der Ber.-Frist eingetretenen Tod des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten das Verfahren unterbrochen worden sei und die Unterbrechung bis zu der am 19. März 1914 erfolgten Anzeige des neuen Prozeßbevollmächtigten von seiner Bestellung an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin gewährt habe, daß daher die am 31. März 1914 geschehene Einreichung der Ber.-Schrift vor dem Ablauf der von der Anzeige v. 19. März 1914 ab zu rechnenden Berufungsfrist bewirkt, die Berufung mithin rechtzeitig eingelegt sei. Die hiergegen von der Revision erhobene Rüge der Verletzung der §§ 244. 516. 535 ZPO. ist begründet.

Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte der Eintritt des Todes oder der Unfähigkeit des Prozeßbevollmächtigten zur Fortführung der Vertretung die Wirkung einer Unterbrechung des Verfahrens habe, ist wiederholt vom Reichsgericht dahin beantwortet worden, daß dieses Ereignis das Verfahren unterbreche, wenn es vor der Zustellung des Urteils eintrete, dagegen keine Wirkung auf den Fortgang des Verfahrens ausübe, wenn die Zustellung des Urteils bereits bewirkt, das Urteil aber noch nicht rechtskräftig geworden ist;

Gruchots Beitr. 28, 1130; 33, 456. 1145; RGEntsch. 10, 345; 13, 310 (in Seuff.A. 39 Nr. 246, 40 Nr. 314).

Diese Urteile beruhen auf folgenden Erwägungen. An den Tod oder den Fortfall der Vertretungsfähigkeit des Prozeßbevollmächtigten sei die Unterbrechung des Verfahrens geknüpft, weil diese Ereignisse eine sofortige Fortsetzung des Verfahrens unmöglich machten, sofern nicht die Partei dabei unvertreten und unverteidigt bleiben müßte; selbstverständliche Voraussetzung der Unterbrechung sei aber, daß die Bestellung eines neuen Anwalts für diese Instanz notwendig sei, um den Fortgang des Prozesses zu ermöglichen. Sei das Endurteil zugestellt, so sei eine weitere Tätigkeit des Anwalts für diese Instanz nicht mehr erforderlich, vielmehr sei durch die Vorschrift des § 164 (jetzt § 210a) ZPO. dafür gesorgt, daß der Prozeß seinen Fortgang nehmen könne ohne daß die betreffende Partei genötigt sei, überflüssigerweise einen neuen Anwalt für diese Instanz zu bestellen. Diese Vorschrift des § 164 (210a) ZPO. könne an einen andern Fall als an den des Todes oder der Vertretungsunfähigkeit des Anwalts nicht gedacht haben und ergebe, daß es für die Eröffnung der Ber.-Instanz auf seiten des Ber.-Beklagten nicht der Mitwirkung eines Anwalts bedürfe. Das Ber.-Gericht beruft sich für seine abweichende Ansicht auf die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts, die in dem Beschlusse der vereinigten Zivilsenate v. 9. April 1908 (RGEntsch. 68, 247) Ausdruck gefunden habe. Damit wird aber dieser Plenarentscheidung eine Bedeutung



beigelegt, die ihr ihrem Inhalt nach nicht zukommt. Bei dieser Entscheidung handelte es sich um die Frage, ob im Falle des nach Zustellung des Ber.-Urteils und vor Einlegung der Revision eingetretenen Todes einer Partei eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, wenn die Partei zwar nicht durch einen für die Rev.-Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, aber noch ihr Prozeßbevollmächtigter aus der Ber.-Instanz vorhanden ist. Diese Frage war somit von der hier zu entscheidenden wesentlich verschieden; sie betraf nicht den Fall des Todes oder sonstigen Wegfalls des Prozeßbevollmächtigten, sondern den Fall des Todes der Partei und die Auslegung des § 246, insbesondere der darin stehenden Worte: „fand .... eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt".

Die verein. Zivilsenate sind zwar bei der Beantwortung der zu entscheidenden Frage im bewußten Gegensatze zu der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts von der Ansicht ausgegangen, daß das Ber.-Gericht auch nach der Zustellung des Ber.-Urteils so lange Prozeßgericht i. S. des § 246 ZPO. bleibe, als Revision noch nicht eingelegt sei, und daß daher so lange auch etwaige Aussetzungsanträge vor das Ber.-Gericht gehörten. Es ist indessen in den Gründen jenes Beschlusses nirgends unmittelbar oder auch nur mittelbar ausgesprochen, daß der Eintritt eines der im § 244 ZPO. bezeichneten Ereignisse während des Laufs der Rechtsmittelfrist die Unterbrechung des Verfahrens bewirke. Die verein. Zivilsenate sind vielmehr davon ausgegangen, daß durch die Zustellung des Endurteils die Anhängigkeit der Hauptsache in der Instanz beendet werde, und haben nur die Fortdauer der an sich an die Anhängigkeit geknüpften Zuständigkeit in Ansehung der dem Prozeßgerichte neben der Entscheidung des Hauptstreits zugewiesenen Aufgaben bei dem Gerichte der unteren Instanz bejaht, bis durch die Einlegung des Rechtsmittels die Anhängigkeit bei der höheren Instanz eintrete und damit deren Zuständigkeit für die erwähnten Obliegenheiten begründet werde. Bestimmend war hierfür die Erwägung, daß andernfalls während des Laufs der Rechtsmittelfrist eine Zuständigkeit für die außerhalb des Hauptstreits notwendig werdenden Maßnahmen überhaupt fehlen würde, und daß bei dem Gericht der unteren Instanz die Zuständigkeit für alle Obliegenheiten des Prozeßgerichts einmal entstanden war, es daher bei der bisherigen Zuständigkeit auch unter der Voraussetzung verbleiben müsse, daß der Anlaß zu dem Antrage nach beendeter Anhängigkeit entstanden sei, sofern nicht aus einem besonderen Grunde in dem einen oder dem andern Fall der Antrag vor Einlegung des Rechtsmittels bei dem Rechtsmittelgericht anzubringen sein möchte.

Der Plenarbeschluß steht hiernach auf dem Standpunkte, daß die Anhängigkeit des Rechtsstreits in der Instanz mit der Verkündung oder spätestens mit der Zustellung des Endurteils beendet sei. Das ist aber für die Frage, ob der nach der Zustellung des Urteils eintretende Wegfall des Prozeßbevollmächtigten das Verfahren unterbreche, entscheidend. Eine Fortsetzung des

Verfahrens in Ansehung des Hauptstreits kann nach der Beendigung der Anhängigkeit in der unteren Instanz nur in der Rechtsmittelinstanz in Frage kommen, in der die Vertretung der Partei durch einen bei dem Rechtsmittelgericht zugelassenen Anwalt erfolgen muß. Der Tod des für die untere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten hat demnach, wenn er nach der Beendigung der Anhängigkeit der Sache in der unteren Instanz eintritt, nicht die Folge, daß bei der sofortigen Fortsetzung des Verfahrens die Partei zunächst unvertreten und zufolge des im Anwaltsprozesse bestehenden Anwaltszwanges an der Wahrnehmung ihrer Rechte gehindert sein würde. Die Rücksichtnahme auf die Wahrung des Parteiinteresses, die in den im § 244 ZPO. angegebenen Fällen den Eintritt einer Unterbrechung des Verfahrens geboten erscheinen ließ und daher zum Erlasse dieser Gesetzesvorschrift geführt hat, erfordert regelmäßig nicht die Unterbrechung des Verfahrens nach beendeter Anhängigkeit der Hauptsache in der Instanz. Die Anordnungen, für welche nach der Plenarentscheidung die Zuständigkeit des Gerichts über die Anhängigkeit der Hauptsache hinaus bis zur Eröffnung der Rechtsmittelinstanz fortbesteht, enthalten keine Fortführung des Rechtsstreits in der Hauptsache; die Möglichkeit, daß derartige Anträge vom Gegner gestellt werden oder im Interesse der Partei selbst zu stellen sein könnten, rechtfertigt es nicht, eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten zu lassen und damit das Anhängigwerden der Sache in der Rechtsmittelinstanz einstweilen zu hindern. Da es sich nicht um in Ansehung der Hauptsache vorzunehmende Prozeßhandlungen dem Gegner gegenüber handelt, würde nach § 249 ZPO. die Unterbrechung des Verfahrens die Stellung der in Frage kommenden Anträge und die Entscheidung darüber nicht ausschließen. Es ist daher nicht richtig, daß die in der Plenarentscheidung v. 9. April 1908 ausgesprochenen Grundsätze, die darin ausdrücklich auf die Grenzen des § 246 ZPO. beschränkt worden sind, zu einer Abweichung von der früheren Rechtsprechung in Ansehung der gegenwärtig zur Entscheidung stehenden Frage nötigten. Auch sonst ist ein Anlaß zum Aufgeben dieser Rechtsprechung nicht gegeben. Die in den früheren Entscheidungen verwertete Vorschrift des § 164 ZPO. ist bei der neuen Fassung der ZPO. im § 210a in dem in Betracht kommenden Teile unverändert geblieben. Auch nach § 210a kann der Schriftsatz, durch den ein Rechtsmittel eingelegt wird, in Ermangelung eines Prozeßbevollmächtigten derjenigen Instanz, deren Entscheidung angefochten wird, an andre Personen zugestellt werden. Bildet demnach der Wegfall des Prozeßbevollmächtigten nach der Zustellung des Urteils kein Hindernis für die Einlegung des Rechtsmittels seitens des Gegners, so erhellt daraus, daß das Gesetz einen derartigen Wegfall des Prozeßbevollmächtigten nicht als einen die Unterbrechung des Verfahrens herbeiführenden Umstand angesehen hat.

Da hiernach der Tod des Justizrats M. das Verfahren nicht unterbrochen hat, das Urteil 1. Instanz mithin am 24. August 1912 rechtskräftig geworden

ist, so ist die erst im März 1914 erfolgte Einlegung der Berufung verspätet gewesen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 28. Jan. 1915 in der preuß. Sache B. (Bkl.) w. B. (KG. Berlin). IV. 369/14.

---

46. Unzulässigkeit der Ablehnung eines Sachverständigen zur Sicherung des Beweises;* Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluß.**

*Vgl. 66 Nr. 41 und 246 m. N. — **Vgl. 51 Nr. 234.

ZPO. §§ 492. 406 Abs. 5, 567.

Nach § 406 Abs. 5 ZPO. ist zwar gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen für begründet erklärt wird, ein Rechtsmittel im allgemeinen nicht gegeben, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Beschluß bereits in 1. Instanz ergangen oder ob erst in der Beschwerdeinstanz das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt worden ist (RGEntsch. 51, 146, in SeuffA. 58 Nr. 87). Die Bestimmung des § 406 Abs. 5 steht aber einer Beschwerde dann nicht entgegen, wenn es sich darum handelt, ob überhaupt eine Prüfung des Ablehnungsgesuchs vorgenommen werden durfte, ob also die Ablehnung des Sachverständigen zulässig war. Es ist daher die Beschwerde an sich gegeben; sie ist auch begründet.

Die Frage, ob im Beweissicherungsverfahren der Gegner das Ablehnungsrecht gegen einen Sachverständigen hat, ist in Rechtsprechung und Wissenschaft gleich bestritten;

vgl. Sydow-Busch, Gaupp-Stein, Seuffert, Skonietzki-Gelpke, Förster-Kann zu §§ 487. 492 ZPO.; OLGRspr. 9, 138; 13, 169; 17, 164; 25, 112.

Sie ist zu verneinen.

Die Stellung des Gerichts und der Beteiligten zum Beweise durch Sachverständige im Beweissicherungsverfahren wird nicht durch die allgemeinen Grundsätze und die ihnen entsprechenden Vorschriften des allgemeinen Prozeßverfahrens, sondern durch diejenigen des durchaus regelwidrigen Verfahrens der Sicherung des Beweises bestimmt. Während in jenem die Auswahl des Sachverständigen durch das Gericht erfolgt, hat dieses hier den von dem Antragsteller in seinem Gesuch zu bezeichnenden Sachverständigen zu vernehmen, mag ihm dieser auch noch so ungeeignet erscheinen. Das findet seine Erklärung in dem in der Justizkommission des Reichstags bei Erörterung des dem jetzigen § 487³ entsprechenden § 431³ mit Recht betonten Umstande, daß es sich hier nicht um Sachverständige handelt, welche das Urteil des Richters bestimmen sollen, sondern um Personen des Vertrauens des Antragstellers (vgl. RGEntsch. 49, 391). Ist dies der Grundgedanke der Bestimmung, so ist nicht einzusehen, weshalb dem Gegner ein Widerspruchsrecht zustehen soll, das nur in dem auf seiner Seite mangelnden Vertrauen beruht. Die Auswahl des Sachverständigen geschieht ganz auf die Gefahr des Beweisführers. Die Befürchtung, daß er durch die Vernehmung eines ihm günstig gesinnten

Sachverständigen die Entscheidung ungebührlich beeinflusse, ist nicht begründet. Denn wenn sich im Prozeßverfahren herausstellt, daß der Gutachter nicht unbefangen war, so werden seine Bekundungen entwertet oder ganz bedeutungslos. Es ist auch der Gegner in der Lage, selbst Beweisführung zu beantragen und sich damit sogleich Gegenbeweismaterial zu schaffen (vgl. OLG.-Rspr. 25, 112. 113). Es muß daher angenommen werden, daß, wenn das Gericht den benannten Sachverständigen zu vernehmen hat und dieser Beschluß (§ 490 Abs. 2 ZPO.) der Anfechtung entzogen ist, auch die Einwendungen des Gegners gegen die Vernehmung ausgeschlossen sein sollen. Andernfalls würde der Zweck des Verfahrens, die schleunige Erhebung des Beweises wegen Besorgnis des Verlustes des Beweismittels, völlig vereitelt werden können, wie denn in dem hier vorliegenden Fall infolge der Ablehnung des Gegners die Durchführung der bereits am 18. August 1915 beschlossenen Beweiserhebung bis jetzt verhindert worden ist.

Hiernach kann die Bestimmung des § 492 ZPO., daß die Beweisaufnahme nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften erfolge, nicht die Bedeutung haben, daß der Gegner auch gemäß § 406 den Sachverständigen ablehnen dürfe, sondern die Vorschrift ist nach der besonderen Bestimmung der §§ 487. 490 nur dahin auszulegen, daß die Aufnahme des Beweises allein nach den für den Beweis durch Sachverständige geltenden Vorschriften zu erfolgen, die Erhebung des Beweises aber unanfechtbar stattzufinden hat.

Beschluß des OLG. zu Celle (1. Sen.) v. 22. Okt. 1915 i. S. Motorenfabr. L. Gebr. S. w. Schm. 1 W. 142/15. L—t.

---

47. Vollstreckungsurteil zu einem ausländischen Urteil* aus dem Gerichtsstande des Vermögens; Voraussetzung dieses Gerichtsstandes.**

*Vgl. 41 Nr. 154; 47 Nr. 79; 64 Nr. 118. — **Vgl. 54 Nr. 246 m. N.; 57 Nr. 162; 59 Nr. 93; 61 Nr. 182.

ZPO. §§ 723. 328. 23.

Der Kläger, in Tetschen in Österreich wohnend, hatte dem in Hamburg ansässigen Beklagten Birnen geliefert. Er hatte für den Restkaufpreis von 794,05 ℳ bei dem Bezirksgericht Tetschen am 10. Dez. 1912 und in 2. Instanz bei dem Kreisgericht Leitmeritz am 12. Febr. 1913 verurteilende Erkenntnisse gegen den Beklagten erwirkt, auch war der Beklagte in diesen Urteilen zur Bezahlung der erwachsenen Prozeßkosten verurteilt worden. Der Kläger beantragte, die Zw.-Vollstreckung aus den österreichischen Urteilen für zulässig zu erklären, ev. den Beklagten zur Bezahlung der Hauptsumme und der Kosten des österreichischen Prozesses kostenpflichtig zu verurteilen. — Das Landgericht erklärte durch Zwischenurteil den Hauptantrag für unzulässig und wies durch Endurteil den Klagantrag betr. Ersatz der österreichischen Prozeßkosten ab, im übrigen verurteilte es den Beklagten zur Bezahlung von

794,05 ℳ nebst Zinsen. Auf die Berufung des Klägers wurde das Urteil insoweit, als die Klage abgewiesen worden war, aufgehoben und die Zw.-Vollstreckung nach dem Klagantrage für zulässig erklärt, aus folgenden Gründen:

„Dem Landgericht kann in der Auslegung der §§ 723 Abs. 3, 328 ZPO. nicht gefolgt werden. Wenn § 328[1] die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ausschließt, falls die Gerichte des ausländischen Staates nach den deutschen Gesetzen nicht zuständig sind, so ist damit keineswegs gesagt, daß im betr. Falle nach der deutschen Zivilprozeßordnung eine Zuständigkeit im Auslande begründet sein müsse. Bei dieser Auslegung würde nur in seltenen Ausnahmefällen die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts möglich sein, die doch nach der Fassung des § 328 die Regel bilden und nur in besonderen Fällen ausgeschlossen sein soll. Vielmehr sollen, wie das Reichsgericht in seinem Urteil v. 12. Juni 1900 (GruchotsBeitr. 45, 1126; vgl. auch JW. 1900, 590[7]) zutreffend ausführt, bei der Anwendung des § 328, soweit es sich um die tatsächlichen Voraussetzungen für diese Anwendung handelt, überall an Stelle der deutschen Verhältnisse die entsprechenden Verhältnisse des Auslandes treten. Von diesem Standpunkt aus ist auch die Zulässigkeit eines ausländischen Gerichtsstandes nach § 23 ZPO., der in der allgemein lautenden Nr. 1 des § 328 von der Anwendbarkeit nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, anzuerkennen und demgemäß die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts als gegeben anzusehen, wenn der verklagte Deutsche zwar im Deutschen Reiche, aber nicht im Gebiet des fremden Staates ansässig ist, dort vielmehr nur Vermögen besitzt. Dafür, daß der Gesetzgeber den Gerichtsstand des § 23 ZPO., soweit er als ausländischer in Betracht kommt, anders hätte behandeln wollen als bei seiner Inanspruchnahme im Inlande, liegt nichts vor.

Demnach ist zu prüfen, ob der Beklagte zur Zeit der Erhebung der Klage vor dem österreichischen Gericht in Österreich Vermögen i. S. des § 23 ZPO. besessen hat. Daß das österreichische Gericht 2. Instanz diese Frage verneint und den Fakturengerichtsstand des österreichischen Rechts als gegeben erachtet hat, bindet dieses Gericht nicht, da die Anerkennung des Urteils des ausländischen Gerichts nicht davon abhängig ist, daß gerade das ausländische Gericht seine Zuständigkeit mit Recht angenommen hat, sondern davon, daß überhaupt in dem fremden Staate nach unsern Prozeßvorschriften sich Vermögen des Beklagten befindet. Unstreitig hat nun der Beklagte zur Zeit der Erhebung der Klage vor dem österreichischen Gericht eine Forderung auf Lieferung von Pflaumen aus einem Kaufvertrage gegen den Kläger gehabt. Eine solche Forderung stellt aber i. S. des § 23 ZPO. Vermögen dar, ohne daß zu untersuchen ist, ob der Beklagte die ihm auf seine Forderung zu liefernde Ware mit Gewinn oder Verlust weiterzuverkaufen imstande war oder ob der wirtschaftliche Wert des Vermögens den Betrag der Klageforderung deckt. Vielmehr enthielt schon die Forderung auf Lieferung eines Postens

Pflaumen einen Vermögenswert, und das genügt zur Anwendung des § 23 ZPO. Darnach bestand also eine Zuständigkeit für die österreichischen Gerichte auch nach deutschem Recht und ist, da die Parteien über die Rechtskraft des zweitinstanzlichen Gerichtsurteils einig sind, nach §§ 722. 723 ZPO. die Zw.-Vollstreckung aus den Urteilen für zulässig zu erklären. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) i. S. L. w. v. d. Sch. v. 28. Okt. 1915. Bf. VI. 324/14. Nö.

---

48. Einfache Beschwerde gegen die Ablehnung einer Umschreibung der Vollstreckungsklausel.* Verfahren, wenn der Gerichtsschreiber übergegangen ist?**

*Vgl. 59 Nr. 96 m. N. — **Vgl. 48 Nr. 230.

ZPO. §§ 727. 793. 569. 576 Abs. 1.

Der Anwalt des Klägers hatte an die Gerichtsschreiberei des Landgerichts das Ersuchen gestellt, die vorgelegte vollstreckbare Ausfertigung des landgerichtlichen Urteils auf die von ihm als Rechtsnachfolger bezeichneten Personen umzuschreiben. Der Kammervorsitzende wies den Antrag kostenfällig zurück, weil jene Personen weder Besitzer der im Streit befangenen Sache noch Rechtsnachfolger i. S. des § 727 ZPO. seien. Dagegen rief der Anwalt mit Antrag v. 23. Sept. 1915 gemäß § 576 ZPO. die Entscheidung des Prozeßgerichts an. Dieses beschloß, den Antrag dem Oberlandesgericht als dem Beschwerdegericht vorzulegen; der Beschluß erachtete den Antrag als eine sofortige Beschwerde nach §§ 567. 569. 793 ZPO. und die Anrufung des Prozeßgerichts im Hinblick auf §§ 576 Abs. 1 und 577 Abs. 4 ZPO. als verspätet. — Das Oberlandesgericht beschloß, die Akten an das Landgericht zurückzuleiten. Aus den Gründen:

„Die Zurückweisung des Antrags auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Rechtsnachfolger hat durch den Gerichtsschreiber zu geschehen. Hier ist sie durch den Vorsitzenden erfolgt. Die Frage, ob in einem solchen Fall der unzuständigerweise vom Vorsitzenden erlassene Beschluß aufzuheben und die Sache an den Gerichtsschreiber zu verweisen sei, ist vom OLG. Hamburg bejaht, vom OLG. Zweibrücken verneint worden (s. SeuffA. 48 Nr. 230; OLGRspr. 3, 333). Der Senat schließt sich, gegen Gaupp-Stein[10] 2, 6 Nr. 10, der letzteren Meinung an, weil es in der Tat ein zweckloser Formalismus wäre, den Gerichtsschreiber, der ohne den Vorsitzenden garkeine andre Entscheidung treffen kann, erst noch zu einer förmlichen Ablehnung des Antrags zu veranlassen, ehe der Partei die Anrufung des Prozeßgerichts gestattet wird.

Der Antrag v. 23. Sept. 1915 ist daher nicht als Beschwerde, sondern als Gesuch nach § 576 Abs. 1 ZPO. aufzufassen. Die Frage, ob dieses Gesuch an eine Frist gebunden ist, wird von den Schriftstellern verschieden beantwortet. Falkmann (Zw.-Vollstr.[2] 1, 134) erblickt in der Verweigerung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung eine Entscheidung, die im Zw.-Vollstr.-

Verfahren erfolge, und läßt dagegen nach § 793 ZPO. nur die sofortige Beschwerde zu. Der Senat schließt sich der Anschauung des Reichsgerichts an, daß gegen derartige Entscheidungen, weil sie nur der Vorbereitung der Zw.-Vollstreckung dienen, die einfache Beschwerde nach § 567 ZPO. stattfindet;
RGEntsch. 31, 410; 42, 421 (SeuffA. 54 Nr. 201); Gruchot 46, 1099.
Auf die einfache Beschwerde findet das in § 577 Abs. 4 ZPO. für die Fälle der sofortigen Beschwerde angeordnete abgekürzte Verfahren keine Anwendung (Gaupp-Stein[10] § 577 Bem. 5; Struckmann-Koch[9] Bem. 6 Abs. 2 zu § 577). Es ist deshalb das Gesuch v. 23. Sept. 1915 vom Prozeßgericht sachlich zu würdigen. Das ist insofern geschehen, als der Beschluß des Landgerichts die Bemerkung enthält, daß dem Gesuch — offenbar aus den vom Vorsitzenden der Kammer angeführten zutreffenden Gründen — nicht stattgegeben werde. Aber dieser Beschluß ist der Partei nicht zugestellt worden, und es liegt keine dagegen eingereichte Beschwerde vor. Daher sind die Akten an das Landgericht zurückzuleiten, das über den Antrag v. 23. Sept. 1915 durch einen der Partei zu eröffnenden Beschluß zu entscheiden haben wird (RGEntsch. 25, 387 und 46, 418, in SeuffA. 46 Nr. 145)."

Beschluß des OLG. München (3. Sen.) v. 16. Okt. 1915 i. S. N. w. K. Beschw.-Reg. 506/15. F—z.

49. Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Beschluß auf Berichtigung der Beklagtenrolle in der Klage.

Vgl. 58 Nr. 21 m. N. ZPO. §§ 567. 253[1].

Die Klägerin hat eine Klage gerichtet gegen „den Kaufmann P. L.". Die Beschwerdeführerin trägt vor, daß es eine eingetragene Firma P. L. gibt, deren Inhaberin sie ist, während ihr Ehemann P. L. in diesem Geschäft tätig ist. Auf die Klage ist P. L. als Beklagter erschienen und hat seine Passivlegitimation bestritten, da die Klägerin die den Gegenstand des Streits bildende Ware an die Firma P. L. verkauft habe. Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht durch den angefochtenen Beschluß die Beklagtenrolle berichtigt in „Firma P. L.".

Gegen diesen Beschluß hat Frau L. Beschwerde eingelegt, weil sie dadurch gegen ihren Willen als Partei in den Prozeß hineingesetzt werde an Stelle des wirklich Verklagten. Diese Beschwerde ist nicht zulässig, es besteht keine gesetzliche Vorschrift, welche der Antragstellerin ein Beschwerderecht gewährte. Das Landgericht hat mit seinem Beschluß weiter nichts bezweckt als eine Berichtigung des sog. Passivrubrums, d. h. das Landgericht ist der Meinung, daß unter dem „Kaufmann P. L." zu verstehen sei der Kaufmann in Firma P. L., und daß deshalb die Firma verklagt sei, und hat diese seine Auffassung durch seinen Beschluß klargestellt. Da das Landgericht hiernach der Auffassung ist, daß die Klage gegen Frau Selma L. gerichtet war, denn diese ist die Inhaberin der

Firma P. L., so wird Frau L. sich als Beklagte im Rechtsstreit selbst gegen solche Auffassung des Landgerichts zu wenden haben. Es wird daher dieser Streit im Urteilsverfahren auszutragen sein, nicht aber in einem Beschwerdeverfahren, denn selbst wenn das Oberlandesgericht den Berichtigungsbeschluß ändern könnte und geändert hätte, würde das Landgericht nicht gehindert sein, die Person zu verurteilen, welche es für die verklagte Partei hält.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 27. Nov. 1915 i. S. B. & Co. w. P. L. Bs. Z. VI. 152/15. No.

50. Unpfändbarkeit nicht abgehobener Militärpensionen; Berechtigung des Drittschuldners der gepfändeten Forderung, die Unzulässigkeit der Pfändung geltend zu machen.*

*Vgl. 51 Nr. 75 m. N.

ZPO. §§ 850[6]. 766; MannschVersorgG. § 40.

Die Beschwerde des Militärfiskus gegen die Pfändung der nichtabgehobenen Pension des Musikers Kr. zugunsten der Unterhaltsforderung des Kindes Wilhelmine L. zu 1064 ℳ ist zulässig und auch begründet.

Gegen das Eingreifen des Militärfiskus in das gegen den Schuldner Kr. gerichtete Zw.-Vollstr.-Verfahren bestehen keine Bedenken. Es ist allgemein anerkannt, daß dem Drittschuldner das Recht zusteht, gegen eine gesetzlich unzulässige Forderungspfändung Einwendungen nach § 766 ZPO. zu erheben. Auch der Militärfiskus hat als Drittschuldner ein beachtliches Interesse daran, mit seinen Einwendungen schon in diesem Verfahren gehört zu werden;

Gaupp[10] § 766 Anm. II. 3, ferner § 829 Anm. IV. 3 und Anm. VII. 2 a; RG-Entsch. 34, 380 (SeuffA. 51 Nr. 75) und 66, 233.

In welchem Umfange die Versorgungsgebührnisse von Militärpersonen der Unterklassen der Pfändung unterliegen, ist zuletzt durch § 40 MannschVersorgGes. v. 31. Mai 1906 geregelt worden. Darnach sind die in §§ 1 und 9 Ges. bezeichneten Renten, abgesehen von gewissen Ansprüchen des Militärfiskus, der Pfändung völlig entzogen. Das gilt nach § 45[4] Ges. auch für die schon früher auf Grund der §§ 58ff. RMilPensGes. v. 27. Juni 1871 bewilligten Invalidenpensionen, also auch für die Pension von monatlich 9 ℳ, die dem Schuldner Kr. seinerzeit in seiner Eigenschaft als Hoboist und überzähliger Sergeant auf Grund der §§ 65 und 70 dieses Ges. angewiesen worden ist. Für die Pensionsbezüge, die am Tage der Fälligkeit von dem Berechtigten nicht eingefordert worden sind, macht das MannschVersorgGesetz keine Ausnahme. Es ist nicht gestattet, in das Gesetz eine Unterscheidung zwischen rückständigen, fälligen und künftigen Bezügen hineinzutragen, die das Gesetz nicht kennt. Die Unpfändbarkeit nicht erhobener Pensionsbeträge dauert so lange als diese nicht etwa durch eine zwischen dem Fiskus und dem Berechtigten getroffene ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung oder durch ein andres Ereignis ihre rechtliche Eigenschaft als Invalidenpension verlieren.

Bloßer Zeitablauf vermag, abgesehen von den Wirkungen der Verjährung, die rechtliche Natur einer Forderung nicht zu ändern;

BayObLG. a. F. 7, 172; 11, 274; OLG. 10, 385; Gaupp ZPO.[10] § 850 Bem. 91; Seuffert ZPO[11] Anm. 7; Falkmann ZwVollstr.[2] 781 Nr. 7 a.

Die Bezugnahme der Beschwerde auf § 1 LohnBG. v. 21. Juni 1869 geht fehl. Dort ist freilich angeordnet, daß überfällige, nicht eingeforderte Arbeits- und Dienstlöhne der Pfändung unterliegen, aber diese Bestimmung ist dem MannschVersorgGesetz fremd und auch § 850 ZPO. hat sie ausschließlich für die unter Nr. 1 aufgeführten Arbeits- und Dienstlöhne beibehalten, aber nicht auf die Ansprüche unter Nr. 2—8, insbesondere nicht auf die unter Nr. 5 genannten Invalidenpensionen ausgedehnt. Die in DJZ. 1910, 535 angeführte Entscheidung des OLG. Colmar behandelt offenbar einen Fall, in welchem unerhobene Soldbeträge nach der Verfügung des preuß. Kriegsministers v. 23. Juni 1873 unter Verzicht auf Zurücknahme für den Berechtigten bei der Sparkasse angelegt worden waren. Ob solche aus dem Vermögen des Militärärars ausgeschiedene Beträge das Privilegium der Unpfändbarkeit behalten, braucht hier nicht geprüft zu werden; denn der vorliegende Fall ist ganz anders geartet. Für Billigkeitserwägungen, mit denen der amtsgerichtliche Pfändungsbeschluß die ausnahmsweise Zulässigkeit der Pfändung einer Invalidenpension begründen will, ist hier kein Raum. Das MannschVersorgGesetz ist in diesem Punkt weder undeutlich noch lückenhaft. Irgendeine Absicht einer Begünstigung der unehelichen Kinder der Militärpersonen ist weder jenem Gesetze (§ 39), noch dem MilitHinterbliebGesetz v. 17. Mai 1907 (§§ 12. 19. 29) zu entnehmen. Nur die Dienstprämie ist nach § 40 Abs. 1 Satz 3 MannschVersorgG. im Rahmen des § 850 Abs. 4 ZPO. der Pfändung zugunsten der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder unterworfen. — — —

Beschluß des OLG. München (3. Sen.) v. 4. März 1915 i. S. L. w. Kr. u. Milit.-Fisk. Beschw.-Reg. 129/15. P.

51. Freiwillige Gerichtsbarkeit; Rechtshängigkeit ist von Amts wegen zu prüfen.

FGG. § 20.

Der Apotheker K. beantragte am 23. Juni 1905 bei dem Amtsgericht Sch., die reale Eigenschaft der von ihm betriebenen Apotheke festzustellen. Das Amtsgericht wies den Antrag zurück. Die Beschwerde blieb ohne Erfolg. Weitere Beschwerde wurde damals nicht eingelegt.

Nach dem Tode des K. erneuerten seine Erben am 14. Juli 1914 den Antrag auf Feststellung der realen Eigenschaft der Apotheke. Zur Begründung wurden im wesentlichen die gleichen rechtlichen Gesichtspunkte geltend gemacht wie im früheren Verfahren; erhebliche neue Tatsachen wurden nicht vorgebracht. Das Amtsgericht wies den Antrag aus sachlichen Gründen ab. Die Beschwerde wurde durch das Landgericht A. als unbegründet zurück-

gewiesen, wobei das Landgericht zwar nicht allgemein der Begründung des Amtsgerichts folgte, sich aber doch dessen sachlichen Rechtsausführungen zum Teil anschloß. Die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Vorinstanzen sind der Frage, ob nicht etwa das Bestehen eines früheren Verfahrens der Einleitung des beantragten neuen Verfahrens entgegenstehe, nicht näher getreten. Diese Frage ist aber hier vor allem zu prüfen. Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit hat über den Einfluß, den die Anhängigmachung einer Angelegenheit bei dem zuständigen Gericht ausübt, eine Bestimmung ähnlich dem § 263 ZPO. nicht getroffen. Wenn aber auch bei der Verschiedenheit des Verfahrens und dem mit dem Verfahren verfolgten Zweck eine analoge Anwendung der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, von einzelnen im Gesetze besonders geregelten Fällen abgesehen, nicht angängig ist, so muß der allgemeine Gesichtspunkt, daß das Gericht, bei dem eine Angelegenheit noch nicht endgültig erledigt ist, mit derselben Angelegenheit nicht noch einmal befaßt werden soll, doch auch hier Geltung haben; denn sonst würde nicht nur eine unnötige Mehrbelastung des Gerichts herbeigeführt, sondern auch die für die Sacherledigung notwendige Einheitlichkeit der Behandlung gefährdet (vgl. hierzu Gaupp-Stein ZPO. § 263 Anm. III). So wäre es z. B. grundsätzlich nicht ausgeschlossen, daß auf Grund eines verschiedenen Vorbringens in derselben Angelegenheit verschiedene Entscheidungen ergehen. Dies wäre um so eher möglich, wenn etwa infolge der Geschäftsverteilung die gestellten Anträge von verschiedenen Beamten erledigt werden müßten oder wenn die Angelegenheit auf Grund des einen Antrags noch in der unteren Instanz schwebt, während sie auf Grund des andern Antrages bereits der höheren Instanz zur Entscheidung vorliegt. Da das Untergericht gegenüber der Rechtsansicht des übergeordneten Gerichts einer abweichenden Beurteilung nicht Geltung verschaffen kann, so müßte in dem letztangeführten Falle entweder das Untergericht dem Obergericht gleichlautend entscheiden oder die Aufhebung seiner abweichenden Entscheidung durch das Obergericht wäre die notwendige Folge. Die Zulassung einer derartigen Zwiespältigkeit des Verfahrens ist mit dem Zweck des Gesetzes, durch welches klare und sichere Rechtsverhältnisse geschaffen werden sollen, unvereinbar.

Allerdings muß im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit die Tatsache der Rechtshängigkeit, um Berücksichtigung zu finden, ausdrücklich geltend gemacht werden (§ 263[1], § 274[4] ZPO.), allein für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das einen Parteibetrieb im eigentlichen Sinne nicht kennt, kann eine derartige Einschränkung nicht Platz finden. Der Richter wird hier wesentlich im öffentlichen Interesse tätig und hat seine Anordnungen von Amts wegen zu treffen. Von den der Antragstellung der Beteiligten vorbehaltenen Fällen abgesehen darf sein Einschreiten durch die Entschließung beteiligter Privatpersonen nicht behindert werden (Schlegelberger FGG. § 12

Anm. I. 1). Aus dem Grundsatze der Tätigkeit von Amts wegen ergibt sich, daß der Richter der freiwill. Gerichtsbarkeit auch von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für sein Einschreiten sämtlich vorliegen, und dazu ist auch die Frage zu rechnen, ob nicht etwa die Einleitung eines neuen Verfahrens durch das Vorhandensein eines bereits anhängigen, die gleiche Frage oder den gleichen Anspruch betreffenden Verfahrens behindert sei, m. a. W. ob nicht Rechtshängigkeit vorliege.

Im gegenwärtigen Fall ist das auf den Antrag des K. eingeleitete Verfahren noch nicht abgeschlossen, gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts steht noch immer die weitere Beschwerde offen. Wenn auch in dem neuen Verfahren der von den Erben des K. gestellte Antrag durch die letzte Instanz endgültig abgewiesen sein sollte, so wäre es doch nicht ausgeschlossen, daß infolge Einlegung der weiteren Beschwerde gegen den früheren landgerichtlichen Beschluß in der Angelegenheit noch einmal entschieden werden müßte. Ein derartiger Zustand ist unhaltbar.

Für die Zulässigkeit des neuen Antrags kann auch nicht geltend gemacht werden, daß dieser von andern Personen gestellt ist als der frühere Antrag. Denn die Beschwerdeführer sind die Rechtsnachfolger des früheren Antragstellers; sie verfolgen nicht ein eigenes Recht, sondern das auf sie durch den Erbfall übergegangene angebliche Recht des früheren Inhabers. Durch den Tod des früheren Antragstellers ist das bisherige Verfahren nicht erledigt; es kann von den Rechtsnachfolgern immer noch aufgenommen werden (RJA. 11, 174; 13, 84; Unger in Busch Zeitschr. 37, 401).

Ebensowenig steht die Länge der zwischen dem ersten und dem zweiten Verfahren liegenden Zeit der Annahme der Rechtshängigkeit entgegen. Eine Beendigung des Verfahrens durch Zeitablauf kennt das Gesetz nicht, es sei denn, daß die Einhaltung bestimmter Fristen besonders vorgeschrieben ist. Das neue Verfahren würde vielleicht zulässig, wenn die Antragsteller den früheren Antrag zurückgenommen oder auf die weitere Beschwerde gegen den ersten Beschluß des Landgerichts verzichtet hätten. Dies ist nicht der Fall. Es braucht daher nicht weiter untersucht zu werden, welche Wirkung eine derartige Erklärung auf das gegenwärtige Verfahren auszuüben imstande wäre. Auch der Einfluß der Geltendmachung neuer Tatsachen kommt hier nicht in Frage.

Da sonach die Fortdauer des früheren Verfahrens der Einleitung eines neuen Verfahrens entgegensteht, so hätte das Amtsgericht oder an dessen Stelle das Landgericht den gestellten neuen Antrag als unzulässig abweisen sollen. Jedoch sind die Beschwerdeführer dadurch, daß die Abweisung des Antrages nicht aus formellen, sondern aus sachlichen Gründen erfolgte, nicht beschwert."

Beschluß des Obersten LG. f. Bayern v. 24. Sept. 1915. Beschw.-R. 63/15. H—n.

I. Bürgerliches Recht.

52. Nichtigkeit der Verträge eines Geschäftsunfähigen, auch wenn sie ihm nicht nachteilig sind.

BGB. § 105.

— — — Es ist anzuerkennen, daß die durch § 105 BGB. gebotene unbedingte Nichtigkeit der Vertragserklärungen geschäftsunfähiger Personen erhebliche Nachteile sowohl für ihre Vertragsgegner wie auch unter Umständen für sie selbst zur Folge haben kann. Das berechtigt aber den Richter nicht, auf der Grundlage des geltenden Gesetzes die von geschäftsunfähigen Personen abgegebenen Vertragserklärungen in irgendeiner Beziehung als rechtswirksam zu behandeln, insbesondere auch dann nicht, wenn festgestellt werden kann, daß die Verträge den Interessen des Geschäftsunfähigen nicht nachteilig oder gar vorteilhaft sind. Einen solchen Unterschied macht das Gesetz nicht, und der Richter darf ihn nicht in das Gesetz hineintragen.

Allerdings ist von beachtenswerter Seite (Danz in JW. 13, 1016) versucht worden, aus dem erkennbaren Zweck des Gesetzes, der in dem Schutz der Geisteskranken bestehe, auf dem Wege der „modernen Methode der Rechtsprechung" durch eine Auslegung, für deren Statthaftigkeit sogar auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts hingewiesen wird, den Satz herzuleiten, daß nur solche Geschäfte eines Geisteskranken nichtig seien, die er nicht in dieser Weise vorgenommen haben würde, wenn er nicht geisteskrank gewesen wäre. Aber diese Art der Auslegung kann nicht gebilligt werden und wird auch durch die von Danz in bezug genommenen Urteile des Reichsgerichts nicht gerechtfertigt. Wo das Gesetz eine gebietende oder zwingende Anordnung für einen seinem Inhalt und Umfang nach klaren und bestimmten Tatbestand trifft, kann ihm die Anwendung auf einen diesen Tatbestand erfüllenden Fall nicht unter Berufung auf den nach der Meinung des Richters von dem Gesetze verfolgten Zweck, der im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat, versagt werden, es sei denn, daß mit Bestimmtheit nachgewiesen werden könnte, daß das Gesetz ungeachtet seines allgemeinen Wortlauts diesen Fall nicht habe treffen

wollen, daß also eine Lücke besteht, die durch den Richter ausgefüllt werden muß. Das ist aber keineswegs in allen Fällen anzunehmen, für die der dem Gesetz unterstellte Zweck nicht zuzutreffen scheint. Das Gesetz kann sehr wohl, um einen bestimmten Erfolg sicherzustellen, eine allgemeine Anordnung treffen, deren unterschiedlose Anwendung auch auf solche Fälle, für die der verfolgte Zweck die Anwendung an sich nicht erfordern würde, seiner Absicht entspricht. Andernfalls würde man, worauf gegenüber Danz schon hingewiesen worden ist, dazu gelangen, auch Verträge, für welche die Formvorschrift des § 313 BGB. zutrifft, ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form für rechtswirksam zu erklären, wenn sie dem Verkäufer nicht ungünstig sind, da der Zweck der Vorschrift anerkanntermaßen darin besteht, den Verkäufer vor übereilten, ihn schädigenden Veräußerungen von Grundeigentum zu schützen. Daß aber eine einschränkende Auslegung des § 105 BGB. den Absichten des Gesetzgebers entsprechen würde, ist durchaus nicht mit Sicherheit festzustellen. Die Vorschrift verfolgt keineswegs lediglich den Schutz der Geschäftsunfähigen, sondern beruht auf dem (aus den deutschen Landesrechten und dem gemeinen Recht übernommenen) Rechtsgedanken, daß dem Willen eines Kindes oder eines ihm als gleichstehend anzusehenden Geisteskranken Bedeutung für das Rechtsleben nicht zukomme. Daß dieser Rechtsgedanke der Vorschrift zugrunde liegt, lassen die Motive (1, 129. 130) erkennen, in denen hervorgehoben wird, daß eine Person, welche des Vernunftgebrauchs beraubt ist, eine Vertragserklärung nicht abzugeben vermöge, und zwar unter Ablehnung der „eigenartigen Vorschriften des französischen Rechts, welche die Geltendmachung der Ungültigkeit von Rechtsgeschäften wegen Geisteskrankheit in einer mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen schwer vereinbaren, durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit nicht ausreichend gerechtfertigten Weise beschränken". Der Standpunkt des Gesetzes ergibt sich auch deutlich daraus, daß im Gegensatz zu der unbedingten Nichtigkeit der von Geschäftsunfähigen abgegebenen Willenserklärungen die von den in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen abgegebenen Willenserklärungen unter bestimmten Voraussetzungen Rechtswirksamkeit erlangen können (§ 106ff., 114 BGB.). Die Frage, ob und in welchen Richtungen der Grundsatz der Nichtigkeit von Willenserklärungen Geschäftsunfähiger im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs oder im eigenen Interesse der Geschäftsunfähigen einer Einschränkung bedarf — etwa, wie schon vorgeschlagen ist, durch eine dem § 122 BGB. entsprechende Vorschrift (vgl. Rümelin, Geisteskranke 2c 58 ff.; Püschel in JW. 1914, 564) —, ist eine Frage der Gesetzgebung, welche durch den zur Anwendung des Gesetzes berufenen Richter nicht gelöst werden kann. — — —

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 10. März 1915 in der preuß. Sache St. (Bkl.) w. K. (OLG. Breslau). V. 477/14.



53. Das Zahlungsverbot gegen Frankreich hindert auch die Überweisung zur Einziehung an einen deutschen Pfändungsgläubiger.

BGB. § 134; ZPO. §§ 835; BRBekanntm. v. 30. Sept., 20. Okt., 20. Dez. 1914 (RGBl. 421. 443. 450).

Die Beklagte K. ließ hierzulande im Sommer 1914 durch den französischen Staatsangehörigen C. Bauarbeiten ausführen, von denen C. die Schlosserarbeiten dem Schlosser P. auftrug. Kurz vor Ausbruch des Krieges kehrte C. nach Frankreich zurück. P. erwirkte wegen seiner Lohnforderungen am 11. Sept. 1914 gegen C. einen Arrest und am 20. Nov. 1914 ein Versäumnisurteil; Arrestbeschluß und Versäumnisurteil wurden öffentlich zugestellt, der Arrestbeschluß am 29. Sept. 1914. Auf Grund des Versäumnisurteils und zweier Kostenfestsetzungsbeschlüsse wurde für P. die Forderung gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen, welche dem C. gegen die Beklagte K. zustand. Dieser Beschluß vom 21. Januar wurde ihr zugestellt am 23. Jan. 1915. Beklagte verweigerte Bezahlung. — Klage und Berufung des P. wurden abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Frage, ob dem Begehren des Klägers das Zahlungsverbot gegen Frankreich v. 20. Okt. 1914 entgegenstehe, ist zu bejahen.

Dieses Zahlungsverbot deckt sich inhaltlich mit dem gegen England erlassenen v. 30. Sept. 1914. Von den einschlägigen Bestimmungen kommt zunächst § 2 Abs. 2 des letzteren Verbotes in Betracht, da der Kläger nur als Erwerber der dem französischen Staatsangehörigen C. entstandenen Forderung in Frage kommen kann. Durch den Arrestbeschluß v. 11. Sept. 1914 hat Kläger die Forderung nicht erworben. Er selber meint, die Forderung mit Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses v. 21. Jan. 1915 erworben zu haben, und zwar mit derart rückwirkender Kraft, daß der Erwerb als im Zeitpunkte der Zustellung des Arrestbeschlusses erfolgt anzusehen sei. In dem Beschlusse v. 21. Jan. 1915 ist dem Kläger die gepfändete Forderung zur Einziehung bis zur vollen Deckung überwiesen worden. Die Überweisung zur Einziehung gibt dem Gläubiger die Befugnis, die gepfändete Forderung kraft seines Pfandrechts in eigenem Namen und für eigene Rechnung einzuklagen; dabei geht die Forderung aber noch nicht auf den pfändenden Gläubiger über, der Schuldner, zu dessen Vermögen die Forderung auch fernerhin gehört und der die Gefahr des Verlustes trägt, bleibt Inhaber der Forderung. Nur durch die in § 835 ZPO. vorgesehene Überweisung an Zahlungstatt geht die gepfändete Forderung auf den Gläubiger über. Mit Rücksicht darauf könnte man wohl sagen, daß der Kläger die Forderung bis zur Stunde überhaupt noch nicht erworben habe. Die vorstehend erläuterten Grundsätze über den Übergang der Forderung auf den pfändenden Gläubiger können aber dem Begriff des Erwerbers im Sinne des mehrerwähnten Zahlungsverbots nicht unterstellt werden; es würde dies dem Verbot die praktische Bedeutung und Wirksamkeit in breitem Umfange vollständig benehmen.

Der Begriff des Erwerbers ist hier daher weiter zu fassen. Es muß darunter jeder verstanden werden, der in die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit versetzt wird, im eigenen Namen und für eigene Rechnung die gepfändete Forderung einzuziehen und einzuklagen, der infolgedessen in der Lage ist, über die eingezogenen Gelder frei und nach Gutdünken zu verfügen. Nur dann wird der Zweck und der praktische Wert des Zahlungsverbots gewahrt. Obige Voraussetzungen treffen aber auch bei der Überweisung zur Einziehung zu. Der Kläger ist somit tatsächlich als Erwerber der Forderung i. S. des Zahlungsverbots zu betrachten. Die Zustellung des Überweisungsbeschlusses ist am 23. Jan. 1915 erfolgt; dieser Zeitpunkt kann allein für den Erwerb der Forderung durch den Kläger in Betracht kommen. Es kann keine Rede davon sein, daß dem Akte dieser Zustellung die rückwirkende Kraft innewohne, die ihm der Kläger beimißt. Der Arrest einerseits und die Pfändung mit Überweisung anderseits stellen je völlig selbständige Rechtsakte dar, die unter sich in garkeinem Zusammenhange stehen; Pfändung und Überweisung sind rechtlich auch sehr wohl möglich, ohne daß ein Arrest vorausgeht. Es kann deshalb nicht davon gesprochen werden, daß der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß eine Bestätigung des Arrestbeschlusses darstelle. Jeder dieser Rechtsakte, gleichviel ob sie gesondert erfolgen oder soweit zulässig verbunden, bedingt für sich allein und selbständig den Eintritt der gesetzlich an seine Erlassung geknüpften Folgen und Wirkungen. Ein Erwerb in dem hier in Betracht kommenden Sinne kann nur bei der Überweisung in Frage kommen. Es ist daher daran festzuhalten, daß der Erwerb der Forderung durch den Kläger erst im Zeitpunkte der Zustellung des die Überweisung enthaltenden Beschlusses, somit am 23. Jan. 1915 erfolgt ist. Das Zahlungsverbot gegen Frankreich findet aber nur gegenüber dem Erwerber keine Anwendung, der vor dem Inkrafttreten des Verbotes die Forderung erworben hat. Das Verbot ist am 20. Okt. 1914 in Kraft getreten, obige Ausnahmebestimmung trifft auf den vorliegenden Fall daher nicht zu.

Wenn der Kläger dann meint, das Zahlungsverbot erstrecke sich überhaupt nicht auf inländische Erwerber, so geht diese Anschauung fehl. Gegen sie spricht zunächst der klare und bestimmte Wortlaut des Verbots, es steht ihr aber auch Sinn und Zweck des Verbots entgegen. Es will verhindern, daß französische Staatsangehörige, die in französischen Gebieten ihren Wohnsitz oder Sitz haben, ihre im Gebiet des Deutschen Reichs ausstehenden Guthaben einziehen können. Dieser Zweck könnte leicht durch Benutzung allenfallsiger skrupelloser oder gewinnsüchtiger Mittelspersonen vereitelt werden. Die Schwierigkeiten, im einzelnen Falle festzustellen, ob es sich um eine solche Verschleierung handelt oder nicht, sind zu groß und umständlich, als daß ein Kriegsgesetz sich damit befassen könnte, für ein solches erübrigt nur, soll es seinen Zweck erfüllen, das Verbot gegenüber jedem Erwerber, sei er Inländer oder nicht.

Der Kläger kann auch nicht, wie er es versucht, die Bekanntmachung v. 20. Dez. 1914 für sich ins Feld führen. Schon der Wortlaut dieser Bekanntmachung läßt deutlich ersehen, daß hier ein Fall der dort gedachten Art nicht vorliegt. Eine analoge Anwendung dieser Bekanntmachung auf den hier gegebenen Fall erscheint mangels aller erforderlichen Anhaltspunkte für eine solche ausgeschlossen. Die Bekanntmachung regelt ganz bestimmt vorgesehene Fälle, eine Ausdehnung derselben auf andre Fälle ist nicht angängig.

Aber auch der in JW. 1915 Nr. 13 S. 728 veröffentlichte Bescheid des Staatssekretärs des Reichsjustizamtes v. 9. Juni 1915 kann nicht zugunsten des Klägers herangezogen werden. Dieser Bescheid sagt nur, daß der Drittschuldner an den deutschen Gläubiger der ausländischen Firma unter den im Bescheid näher bezeichneten Umständen Zahlung leisten kann und darf, ohne sich straffällig zu machen, wenn für ihn kein Grund zur Annahme einer Verschleierung vorliegt, keineswegs aber, daß für diesen Fall dem Gläubiger ein Anspruch auf Zahlung zukomme. Der Abs. 2 des Bescheides weist vielmehr ausdrücklich auf die Befugnis des Schuldners hin, auch in diesem Falle dem inländischen Erwerber gegenüber Stundung geltend zu machen und Zahlung zu verweigern.

Zugunsten des Klägers könnte dann unter Umständen nur noch die Ausnahmebestimmung in § 5 des Zahlungsverbots in Frage kommen; aber auch sie schlägt hier nicht ein. — — —"

Urteil des OLG. Augsburg v. 5. Okt. 1915 i. S. P. w. K. — L. 84/15.
H—n.

---

54. Ob die Verpfändung des Ehrenworts den ganzen Vertrag nichtig macht, ist Tatfrage.

Vgl. 67 Nr. 104.
BGB. §§ 139. 138.

Um den Beklagten, der bis dahin eine abhängige Dienststellung im Geschäft seines Bruders innegehabt hatte, den Erwerb dieses wertvollen Geschäfts zu ermöglichen, hatte der Kläger bare 370000 ℳ hergegeben, und dem Beklagten zwar nach außen hin die Stellung eines selbständigen Geschäftsinhabers eingeräumt, aber nicht nur sich selber einen angemessenen Gewinnanteil und wegen der Zurückerlangung seines Kapitals besondere Sicherheiten ausbedungen, sondern sich auch zu einschneidenden Maßnahmen im Geschäftsbetriebe seine Genehmigung sowie das Recht zu gewissen Einmischungen in den Betrieb vorbehalten. In § 23 des darüber aufgenommenen Vertrages v. 27. April 1913 hatte der Beklagte sein Ehrenwort verpfändet, daß er den im Vertrage eingegangenen Verpflichtungen auf das Gewissenhafteste nachkommen werde. Als der Kläger einen auf Grund dieses Vertrages ausgestellten Wechsel über 60000 ℳ einklagte, wandte der Beklagte u. a. ein, daß der ganze Vertrag wegen des ihm abgenötigten Ehrenworts und darin lie-



genden Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei. — Dieser Einwand wurde in 2. Instanz verworfen; die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob das Ber.-Gericht, auch wenn es den § 23 des Vertrages dahin auslegen durfte, daß die ehrenwortliche Bindung des Beklagten auf solche Vertragspflichten beschränkt sei, deren Erfüllung der Beklagte im Hinblick auf das Vertrauensverhältnis zum Kläger ohnehin als Ehrensache habe betrachten müssen, zu der Feststellung berechtigt war, daß eine so beschränkte Verpfändung des Ehrenworts den guten Sitten nicht zuwiderlaufe. In dem von der Revision angeführten Urteil v. 23. Jan. 1912 (Entsch. 78, 258 ff.) hat der 3. Zivilsenat des Reichsgerichts seine Rechtsauffassung im allgemeinen dahin gekennzeichnet (S. 263):

> Der Verpfändung des Ehrenworts für eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit steht das schwere Bedenken entgegen, daß die bloße Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit den Schuldner als wortbrüchig erscheinen läßt, auch wenn ihn kein oder doch kein erhebliches Verschulden trifft, daß der Vorwurf der Ehrlosigkeit gegen ihn erhoben werden kann, auch wenn er garnicht unehrenhaft gehandelt hat. Dem heutigen sittlichen Empfinden widerstrebt es, den Schuldner der Gefahr einer solchen ungerechtfertigten Ehrenminderung auszusetzen, nur um dem Gläubiger die Erfüllung einer beliebigen Forderung wirksamer als dies mit den Mitteln des gerichtlichen Zwanges geschehen kann zu sichern. Nur zum Schutze besonderer, wichtiger Interessen kann der Gewissenszwang, den die Verpfändung der Ehre auf den Schuldner ausübt, gerechtfertigt sein und nur einer wirklich ehrlosen Handlung darf durch eine Verpfändung der Ehre vorgebeugt werden.

Das Ber.-Gericht leugnet aber die Sittenwidrigkeit der ehrenwortlichen Bestärkung eines ganzen Pflichtenkreises, den es als durch das Vertrauensverhältnis der Parteien umgrenzt bezeichnet, ohne sich darüber auszusprechen, welche der zahlreichen von dem Beklagten in dem Vertrage übernommenen Verbindlichkeiten es als auf dem Vertrauensverhältnisse beruhend ansieht, und ohne zu prüfen, welche besondere Wichtigkeit den einzelnen Verbindlichkeiten beizumessen sei.

Einer Entscheidung über die Haltbarkeit oder Unhaltbarkeit dieses vom Ber.-Gericht vertretenen Standpunktes bedarf es jedoch nicht, da das angefochtene Urteil durch die Feststellung getragen wird, daß, selbst wenn die Verpfändung des Ehrenworts einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sein sollte, die Nichtigkeit der Bestimmung des § 23 des Vertrages gleichwohl die der übrigen Vertragsbestimmungen nicht zur Folge haben würde, weil nach der ganzen Sachlage anzunehmen sei, daß die Parteien den Vertrag, so wie geschehen, auch ohne Verpfändung des Ehrenworts geschlossen hätten, falls ihnen die Nichtigkeit der Verpfändung bekannt gewesen wäre (vgl. § 139 BGB.). Der 3. Zivilsenat hat zwar in mehreren, einen Dienstvertrag mit Wettbewerbsverbot und Strafabrede betreffenden Entscheidungen (Urt. v. 8. Nov. 1910 (Entsch. 74, 332) und v. 1. Nov. 1911 (SeuffA. 67 Nr. 104) — die Anwendbarkeit des § 139 BGB.

mit der Begründung verneint, daß die Verpfändung des Ehrenworts kein bloßes, dem Vertrage hinzutretendes Verstärkungsmittel, keine Nebenabrede sei, die unbeschadet des Wettbewerbsverbots ausgeschieden werden könne, sondern daß sie in Verbindung mit der Vertragsstrafe die einheitliche Grundlage für das Wettbewerbsverbot bilde (Entsch. 78, 260). Seine Ausführungen lassen jedoch nicht erkennen, daß er die ehrenwortliche Bestärkung eines Versprechens und das Versprechen selbst für begrifflich untrennbar und deshalb die Wirksamkeit des Versprechens im Falle der Sittenwidrigkeit der ehrenwortlichen Bestärkung für schlechthin ausgeschlossen erachtete. Jedenfalls hat er in einer späteren, einen gleichen Dienstvertrag betreffenden Entscheidung (Urt. v. 21. April 1914 in Warneyer ErgBd. 1914 Nr. 178) den Standpunkt eingenommen, daß es lediglich Tatfrage sei, ob zwischen Ehrenwort und Verpflichtung ein unlöslicher Zusammenhang bestehe oder nicht, und daß die Nichtigkeit der ehrenwortlichen Bestärkung die der Verpflichtung selbst nicht notwendig nach sich ziehe. Dieser Standpunkt ist als richtig anzuerkennen.

Auch im vorliegenden Fall, wo die Verpfändung des Ehrenworts am Schlusse des Vertrages in einem besonderen Paragraphen beurkundet ist, war das Ber.-Gericht durch nichts gehindert, in der Verpfändung des Ehrenworts nur ein Verstärkungsmittel, keinen unlöslichen Bestandteil der Verpflichtungserklärung des Beklagten zu erblicken und unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts und der Vorgeschichte des Vertrages dessen Gültigkeit auch bei Annahme der Nichtigkeit der Ehrenwortsverpfändung zu bejahen. Es hat dies mit der Begründung getan, daß der Beklagte an der Verpfändung seines Ehrenworts überhaupt kein Interesse gehabt habe, und daß sich der Kläger zum Abschlusse des Vertrages auch ohne diese Verpfändung bereit gefunden hätte, wenn ihm deren Nichtigkeit auf Grund des § 138 Abs. 1 BGB. bekannt gewesen wäre. Das Ber.-Gericht hat hierbei die Behauptung des Beklagten, daß er dem Verlangen des Klägers nach Verpfändung des Ehrenwortes widersprochen, der Kläger aber auf der Verpfändung bestanden habe, als richtig unterstellt, die behauptete Tatsache indes gegenüber den sonstigen zugunsten des Klägers sprechenden Umständen für unerheblich erachtet, weil der Beklagte sich dem Verlangen des Klägers gefügt habe und deshalb aus dem behaupteten Bestehen des Klägers auf dem Verlangen nicht zu entnehmen sei, daß der Kläger beim Festhalten des Beklagten an seiner Weigerung den Vertrag nicht geschlossen hätte. Die Rüge der Revision, daß das Ber.-Gericht die Behauptung des Beklagten zu Unrecht für unerheblich erachtet habe, liegt auf rein tatsächlichem Gebiete und kann deshalb nicht durchgreifen."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen. v. 25. Juni 1915 in der preuß. Sache V. (Bkl.) w. M. (OLG. Celle). II. 79/15.

55. Unmöglichkeit der Leistung oder persönliches Unvermögen zu leisten?

Vgl. 65 Nr. 160 m. N.; 66 Nr. 203; 68 Nr. 119; 70 Nr. 148.
BGB. §§ 275. 279.

Mitte Oktober 1914 kaufte die klagende Firma von dem Beklagten eine bestimmte Menge Wolle „netto Kasse gegen Faktura". Am 26. Okt. 1914 bestätigte Beklagter den Empfang des Fakturenbetrages und teilte mit, daß er dem Spediteur Verladeorder gegeben habe; am 4. Nov. 1914 erklärte er jedoch, nicht liefern zu können, und stellte den bezahlten Fakturenbetrag nebst Zinsen wieder zur Verfügung. Die Klägerin deckte sich nach fruchtloser Fristsetzung ein und klagte dann auf Schadenersatz. Der Beklagte verlangte Abweisung der Klage unter Berufung darauf, daß er die am 10. Oktober bei H. in Belgien gekaufte Ware, worunter sich auch das an Klägerin verkaufte Los befunden habe, nicht habe erlangen können, indem der Verkäufer auf vertragmäßiger Bezahlung in belgischer Währung bestanden habe und solche trotz vieler angewandter Mühe bis zum 24. Oktober, als dem Fälligkeitstage, nicht zu beschaffen gewesen sei, weshalb der Verkäufer am 28. Oktober den Vertrag annulliert habe. — Das Landgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung; die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

„Indem der Beklagte „netto Kasse gegen Faktura", also zu sofortiger Lieferung, die Wolle verkaufte, über die er zur Zeit dieses Verkaufs das Recht zur Verfügung noch nicht besaß, handelte er unter der Gefahr, daß er, wenn es ihm nicht gelang, sich die Verfügung über die verkaufte Ware rechtzeitig zu verschaffen, seinem Käufer für den aus der Nichtlieferung entstehenden Schaden haften mußte (BGB. §§ 440 und 326).

Verkauft hatte er eine bestimmt bezeichnete Partie Wolle. Diese Partie war von ihm zugleich mit noch vier andern Partien am 10. Okt. 1914 in Verviers in Belgien gekauft worden. Der belgische Verkäufer hatte sich ausbedungen, daß ihm, bevor er zu liefern brauche, der Kaufpreis innerhalb zehn Tagen, unter ausdrücklichem Ausschluß jeder irgendwie zu begründenden Verlängerung dieser Frist, in belgischem Gelde bezahlt sein mußte. Das hierzu erforderliche belgische Geld hat der Beklagte sich durch die von ihm damit beauftragte Bank innerhalb der Frist zu beschaffen nicht vermocht. Darauf ist sein belgischer Verkäufer vom Vertrage zurückgetreten. Der Beklagte hat die Verfügung über die von ihm verkaufte Wolle nicht erlangt und deshalb die Lieferung an die Klägerin, die ihrerseits sofort gegen die ihr übersandte Faktura bezahlt hatte, nicht bewirken können. Er glaubt bei diesem Sachverhalt, indem er Beweis dafür anbietet, daß es unmöglich gewesen sei, nach dem 14. Oktober noch 70000 Francs in belgischem Gelde aufzutreiben und niemand dies vorher habe voraussehen können, behaupten zu dürfen, daß ihm die Lieferung durch einen erst nach dem Abschluß des Verkaufs an die Klägerin eingetretenen Umstand, den er nicht zu vertreten habe, unmöglich

geworden und er deshalb nach § 275 BGB. von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden sei. Diese Auffassung ist rechtsirrig, weil der Tatbestand des § 275 nicht vorliegt.

Der Beklagte greift darin fehl, daß er meint, in seinem Rechtsverhältnis zur Klägerin sich auf die Erfolglosigkeit seiner Bemühungen zur Beschaffung des für die Bezahlung der fünf von ihm in Verviers gekauften Partien Wolle erforderlichen belgischen Geldes berufen zu können. In seinem Rechtsverhältnis zur Klägerin handelte es sich nicht um die fünf Partien im Gesamtwert von über 70000 Francs. Und es handelte sich zwischen ihm und der Klägerin auch nicht um die Beschaffung belgischen Geldes. Alles dies ging nur sein Rechtsverhältnis zu dem belgischen Verkäufer an und betraf nur den Erwerb der Wolle für den Beklagten. Was für die Nichterfüllung seines Vertrags mit der Klägerin von rechtlichem Belang war, erschöpfte sich in der Tatsache, daß ihm, als er sich die von ihm verkaufte Wolle von der Klägerin bezahlen ließ, das Recht noch immer fehlte, über die von ihm selbst noch nicht erworbene Ware zu verfügen. Dieser Umstand, auf dem nicht eine sachliche Unmöglichkeit der Lieferung, sondern nur das persönliche Unvermögen des Beklagten, sich die Verfügung über die vorhandene und von ihm der Klägerin verkaufte Ware zu verschaffen, beruhte, war aber weder erst nach der Entstehung des Schuldverhältnisses — will sagen: nach dem Abschluß des Vertrages mit der Klägerin — eingetreten, da er bereits beim Abschluß bestand, noch war es ein Umstand, von dem der Beklagte behaupten dürfte, daß er ihn der Klägerin gegenüber nicht zu vertreten hatte.

Wer sich als Verkäufer zur Lieferung des Verkauften verpflichtet, übernimmt mit dieser Verpflichtung die ohne weiteres als selbstverständlich darin eingeschlossene Haftung dafür, daß er das, was er verkauft, auch zu liefern in der Lage sei und nicht durch das Recht eines Anderen daran gehindert werde (RGEntsch. 69, 357). Auf dieser Haftung beruht das Wagnis dessen, der eine Sache verkauft, bei welcher er das Recht, über sie verfügen zu dürfen, erst noch erwerben muß. Gelingt der Erwerb ihm nicht und kann er deshalb nicht liefern, so kann er sich nicht von seiner Haftung mit dem Nachweise befreien, daß er sich in seiner Annahme, er werde den Erwerb sicher erlangen, keiner Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe. Für die Rechtsansprüche des Käufers kommt es nicht darauf an, wie und womit sein Verkäufer sich die von ihm verkaufte, tatsächlich im Besitz eines über sie verfügenden Dritten vorhandene Sache zu verschaffen beabsichtigte und wie und woran diese Absicht mit oder ohne Verschulden gescheitert sein mag."

Urteil des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 30. Okt. 1915 i. S. M. w. B. & M. Bf. II. 88/15. Nö.

---

56. Bei Rückgabe der Mietsache im beschädigten Zustande hat der Mieter diesen zu rechtfertigen.

BGB. §§ 548. 556.

Unstreitig hat die Beklagte die vom Kläger gemietete Schute diesem nach Beendigung der Miete in beschädigtem Zustande zurückgegeben. Sie behauptet, sie habe von der Mietsache lediglich den vertragmäßigen Gebrauch gemacht und hafte daher nicht für den dabei eingetretenen Schaden.

Allein wenn auch mit Rücksicht auf die von der Beklagten in bezug genommene Vorschrift des § 548 BGB. ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß die Mietsache nach Beendigung des Vertrages in dem Zustande, in dem sie sich beim Empfang befunden habe, zurückzugeben sei, nicht besteht, so ist doch der Mieter, wenn er die Mietsache beschädigt zurückgibt und die Beschädigung ihrer Natur nach sich — wie hier — augenscheinlich nicht als eine bloße durch vertragmäßigen Gebrauch als solchen hervorgerufene Veränderung darstellt, dem Vermieter aufklärungspflichtig dafür, wie der Schaden sich ereignet hat und wie er sich trotz der dem Mieter obliegenden Obhutspflicht ereignen konnte.

An einer genügenden Aufklärung hat es die Beklagte aber fehlen lassen. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 25. Nov. 1915 i. S. G. (Kl.) w. U. Bf. III. 178/15. B.

---

57. Die dienstliche Überweisung außergewöhnlicher Aufgaben an einen Militärarzt begründet keine privatrechtlichen Ansprüche.

BGB. §§ 611. 812.

Der Kläger, der bis zum 30. Sept. 1905 als aktiver Stabsarzt zur Frauenklinik der Königlichen Charité in Berlin kommandiert war und am 1. Okt. 1905 seinen Dienst als Stabs- und Abteilungsarzt beim 1. Garde-Feld-Artillerie-Regiment antrat, übernahm, nachdem er sich hierzu zur Verfügung gestellt hatte, neben seinem truppenärztlichen Dienste die geburtshülflich-gynäkologische Behandlung der Soldatenfrauen der Garnison Berlin auf Befehl des vorgesetzten Generalarztes an Stelle des bisher damit beauftragten, versetzten Stabsarztes. Er beanspruchte nun Ersatz der Aufwendungen, die ihm angeblich durch die Behandlung der Soldatenfrauen in der Zeit vom 1. Okt. 1905 bis 30. Juni 1911 erwachsen waren, abzüglich der ihm bewilligten Entschädigungen von zusammen 1250 ℳ. — Die Klage wurde in allen Instanzen für unbegründet erklärt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Ber.-Richter nimmt mit Recht an, daß das Verhältnis zwischen den Parteien lediglich öffentlichrechtlicher Natur ist, und daß nicht etwa, wie der Kläger behauptet, ein privatrechtlicher Dienstvertrag oder Auftrag vorliegt. Der Kläger hat in seiner Eigenschaft als Militärarzt den dienstlichen Befehl zur Übernahme der frauenärztlichen Behandlung erhalten und nur auf Grund

seines öffentlichrechtlichen Sanitätsoffiziers-Dienstverhältnisses diese Behandlung übernommen und ausgeführt. Ein Offizier oder Beamter kann aber für Aufwendungen, die er infolge seiner dienstlichen Tätigkeit machen muß, von dem Fiskus Vergütung nur auf Grund einer diese vorsehenden besonderen Bestimmung oder einer Zusicherung eines zur Vertretung des Fiskus befugten Beamten, sonst aber nicht, und zwar auch nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung beanspruchen. Er ist auf Grund seines Dienstverhältnisses zur Tragung der mit seiner Diensttätigkeit verbundenen Aufwendungen verpflichtet, sie werden durch das Gehalt und sonstige Diensteinkommen mitabgegolten.

Im vorliegenden Fall handelt es sich nun allerdings um eine außergewöhnliche Tätigkeit. Während nach der Friedens-Sanitäts-Ordnung § 31 die Militärärzte, und zwar in erster Linie die Assistenzärzte, und nur in schweren Krankheitsfällen auch die Stabsärzte, lediglich die Soldatenfrauen ihres Truppenteils zu behandeln haben, ist dem Kläger als Stabs- und Abteilungsarzt die geburtshülfliche Behandlung aller Soldatenfrauen der Garnison Berlin übertragen worden. Das begründet aber keinen Unterschied, auch auf solche außergewöhnliche Tätigkeit findet der obige Grundsatz Anwendung. Dies ist in dem Reichsbesoldungsgesetz v. 15. Juli 1909 §§ 3. 15 ausdrücklich anerkannt worden, indem dort, nicht als eine Neuerung, sondern in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht,

s. den Kommissionsbericht zu diesem Gesetze, Drucks. Nr. 1615 der Verhandl. des Reichstags, 12. Legislaturper. I. Session 1907/09 S. 10. 149 f.,

ausgesprochen ist, daß für Nebenämter und Nebenbeschäftigungen Diensteinkommen ebenso wie Zulagen nur insoweit bewilligt werden können, als der Reichshaushaltsplan dies bestimmt oder besondere Fonds dazu zur Verfügung stellt.

Da der Kläger nun seinen Anspruch weder auf eine allgemeine Bestimmung noch auch auf eine den Fiskus verpflichtende Zusage eines zu dessen Vertretung befugten Beamten stützen kann, so ist die Klage mit Recht abgewiesen. — — —"

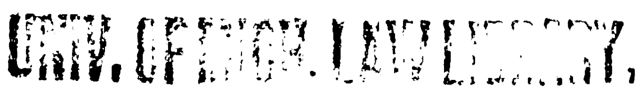
Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 8. Juni 1915 in der preuß. Sache H. (Kl.) w. Reichsfiskus (KG. Berlin). III. 594/14.

---

58. Die Feuerversicherung umfaßt auch eine Beschädigung durch Rauch vor dem Ausbruch des Feuers.

VersVG. § 82.

Mit Unrecht bestreitet die Beklagte, daß der vom Kläger geltend gemachte Schaden auf ein „Brandereignis" zurückzuführen sei, falls er durch das Inbrandgeraten der fraglichen Holzstücke hervorgerufen worden sei. Ist tatsächlich ein offenes Feuer zum Ausbruch gekommen, durch das der Schaden entstanden ist, so liegt ein Brandereignis i. S. der Versicherungsbedingungen



vor und kann sich die Beklagte nicht ihrer Verpflichtung aus dem Versicherungsvertrage mit der Behauptung entziehen, daß die versicherten Pflanzen nicht durch die Flammen, sondern schon durch das vorhergegangene Schwelen des Holzes beschädigt worden seien. Mit Recht weist das Landgericht darauf hin, daß die Verkehrsanschauung einer Unterscheidung zwischen den einzelnen Abschnitten des Brandereignisses, wie sie die Beklagte gemacht wissen will, widerspricht und daß es für das Vorliegen des Versicherungsfalls genügt, wenn überhaupt ein Brand ausgebrochen ist, der für den Schaden ursächlich geworden ist.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 30. Okt. 1915 i. S. K. (Kl.) w. Schles. Feuer-Vers.-Ges. Bf. VI. 140/15. B.

---

59. Haftet der wegen Geisteskrankheit entmündigte Besitzer beim Einsturz eines Werks für Verschulden seines Vormundes oder aus § 829 BGB?

(Vgl. 61 Nr. 6.)

BGB. §§ 829. 836. 114.

Der Kläger ist am 16. März 1909 im Hause des wegen Geisteskrankheit entmündigten A. bei Benutzung des Fahrstuhls zu Schaden gekommen, indem das Seil des Fahrstuhls riß und der Kläger mit dem Fahrstuhl abstürzte. Er verlangte von den Erben des A. Schadenersatz. In den beiden ersten Instanzen wurde die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. — Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht sieht in dem Abreißen des Tragseils und dem Abstürzen des Fahrstuhls eine Ablösung von Teilen eines Gebäudes oder eines mit dem Grundstück verbundenen Werkes; es erachtet jedoch eine Haftung des A. aus § 836 BGB. nicht für gegeben, weil eine solche Haftung nur bei vorliegendem Verschulden des Besitzers Platz greife, dieser aber zur Zeit des Unfalls sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden habe (§ 827 BGB.). Insoweit befindet sich das Urteil im Einklange mit dem früheren in der Sache ergangenen Reichsgerichtsurteil und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Dagegen meint die Revision, eine Haftung des verschuldensunfähigen Gebäudebesitzers könne gleichwohl deshalb eintreten, weil er für ein seinem Vormunde zur Last fallendes Verschulden einzustehen habe; denn § 836 lege dem Gebäudebesitzer Verpflichtungen auf, die als Legalobligation vollständig der Vertragsobligation rechtlich gleich zu erachten seien; bei der Erfüllung dieser Obligation werde der Geisteskranke durch seinen Vormund vertreten, und gemäß § 278 BGB. habe er das Verschulden des Vormundes in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Das ist nicht richtig.

Irgendeine zivilrechtliche Verbindlichkeit des Gebäudebesitzers besteht insolange nicht, als nicht der Zustand des Gebäudes Veranlassung zur Ent-

stehung eines Schadens gegeben hat. Wohl ist in der Rechtsprechung häufig die Rede davon, daß der Besitzer die Verpflichtung habe, das Gebäude in ordnungmäßigem, die Gefährdung andrer ausschließendem Zustande zu erhalten. Aber diese Verpflichtung steht keineswegs einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit gleich, wie sich schon aus dem Fehlen eines Forderungsberechtigten ergibt, sie ist vielmehr nur ein Sonderfall der allgemein jedem Menschen obliegenden Pflicht, im Verkehr sein Verhalten so einzurichten, daß dabei Benachteiligungen andrer möglichst vermieden werden. Eine rechtliche Wirkung erzeugt jene Verpflichtung erst dann, wenn ihre Nichteinhaltung einen andern geschädigt hat. Wäre die Anschauung der Revision über das Bestehen einer allgemeinen obligatorischen Verpflichtung des Gebäudebesitzers zutreffend, dann hätte es der Vorschrift im § 908 BGB. nicht bedurft, durch welche bestimmten Personen das Recht zugebilligt wird, durch Herantreten an den Besitzer eine Verbindlichkeit der bezeichneten Art zur Entstehung zu bringen.

Es fragt sich sodann, ob etwa der in der Rechtslehre mehrfach vertretenen Anschauung beigepflichtet werden könnte, wonach gerade im Fall des § 836 eine Ausnahme von dem sonst geltenden Grundsatze gemacht werden soll, daß der Entmündigte für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters nicht zu haften hat, so daß in diesem Falle § 278, wenn auch nicht unmittelbar, so doch sinngemäß anwendbar wäre. Die Frage ist zu verneinen. Die Haftung des Gebäudebesitzers weist keine solche Besonderheit auf, daß gerade für sie die Durchbrechung eines allgemeinen Rechtssatzes von grundlegender Bedeutung aus bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen gerechtfertigt erscheinen könnte. Allerdings kann gegenüber einem verschuldensunfähigen Gebäudebesitzer der im § 836 gewährte Schutz versagen; aber darin liegt keine Besonderheit. Die Gefahr, daß jemand durch das Verhalten eines Schuldunfähigen geschädigt wird, ohne ihn dafür haftbar machen zu können, besteht auch auf andern Gebieten. Bei Gebäudeschäden ist zudem für solche Fälle, in denen ein nutzungsberechtigter gesetzlicher Vertreter vorhanden ist, Abhülfe durch § 838 getroffen; in Fällen, in denen ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters vorliegt, kann der Geschädigte diesen auf Grund des § 823 in Anspruch nehmen, und schließlich ist, wie unten zu erwähnen, eine billige Ausgleichung der Interessen auf Grund des § 829 möglich. Hiernach besteht kein zwingender Anlaß, eine dem Gesetz fremde Haftung für Verschulden des gesetzlichen Vertreters im Fall des § 836 anzunehmen.

Dagegen kann dem Ber.-Gericht insoweit nicht zugestimmt werden, als es die Anwendung des § 829 ablehnt. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift hat es allerdings den Anschein, als ob sie im Falle des § 836 nicht anwendbar wäre. Aber wenn man die Natur der im § 836 behandelten Haftung näher ins Auge faßt, ergibt sich, daß hier keineswegs, wie in §§ 833 Satz 1, 835, eine Haftung von besonderer Art aufgestellt wird, sondern nur für einen besonderen Fall und unter Umkehrung der Beweislast diejenige Haftung

behandelt wird, welche im § 823 allgemein für den Fall vorgeschrieben ist, daß jemand durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ein Recht eines anderen widerrechtlich verletzt. Schon im Urteil des 6. Senats vom 30. Okt. 1902 (RGEntsch. 52, 373ff. und SeuffA. 58 Nr. 209) ist ausgeführt, das Besondere der Vorschrift des § 836 reiche nicht über die Verteilung der Beweislast hinaus, im übrigen liege nur ein Anwendungsfall der aus § 823 sich ergebenden Haftung vor. Bildet aber § 836 nur einen Anwendungsfall des § 823, so rechtfertigt die Erwähnung des letzteren Paragraphen im § 829 die Anwendung dieser Vorschrift auch für den Fall des § 836. Irgendein innerer Grund, welcher es rechtfertigen könnte, die Anwendbarkeit des § 829 auf Gebäudeschäden auszuschließen, ist nirgends ersichtlich. Das Urteil des 6. Senats in RGEntsch. 74, 145 steht nicht entgegen. Dort ist allerdings gesagt, daß § 829 auf andre Arten unerlaubter Handlungen nicht ausgedehnt werden dürfe, und dabei auch § 836 angeführt. Aber jenes Urteil steht selbst auf dem Standpunkte, daß § 829 über seinen Wortlaut hinaus anwendbar sei, und die Bemerkung, wonach im Fall des § 836 eine andre Art von unerlaubter Handlung vorliege, gehörte nicht zur Begründung der damaligen Entscheidung, sondern ist nur nebenbei gemacht worden.

Auch die Erwägung, daß der Entmündigte den Schaden nicht verursacht haben könne, weil die Vorkehrung der zur Abwehr erforderlichen Maßregeln nicht ihm, sondern seinem Vormund obgelegen habe (vgl. Mot. 2, 734), greift im Fall des § 836 nicht durch. Denn die Frage, wer den Schaden verursacht hat, braucht hier nicht weiter untersucht zu werden, da das Gesetz eben den Besitzer des Gebäudes als den Verursacher des Schadens angesehen wissen will. Läge die Sache so, daß A. zwar verschuldensunfähig, aber gleichwohl ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre, dann wäre ohne weiteres erkennbar, daß er selbst als derjenige behandelt werden müßte, der den Schaden verursacht hat. Die Aufstellung eines gesetzlichen Vertreters ändert in dieser Hinsicht die Sachlage nicht.

Hiernach bedarf es noch einer Prüfung, ob nicht dem Kläger nach den gegebenen Umständen ein Anspruch auf Schadloshaltung i. S. des § 829 BGB. zuzubilligen sei."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 4. März 1915 in der preuß. Sache R. (Kl.) w. A. Erben (KG. Berlin). IV. 509/14.

60. Haftung des Staats für Amtspflichtverletzung des Landrats als Vorsitzenden des Kreisausschusses in der Selbstverwaltung.

BGB. § 839; preuß. Ges. v. 1. Aug. 1909 § 4.

Der Kläger verlangt Ersatz des Schadens, der ihm nach seiner Angabe dadurch entstanden ist, daß der Landrat des verklagten Kreises in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Kreisausschusses seine Amtspflicht verletzt habe. Nach § 4 preuß. Ges. über die Haftung des Staats und andrer Verbände für

Amtspflichtverletzungen, v. 1. Aug. 1909, finden die Vorschriften des § 1 über die Haftung des Staats auf die für den Dienst eines Kommunalverbandes angestellten Beamten mit der Maßgabe Anwendung, daß an Stelle des Staats der Kommunalverband haftet.

Bei Prüfung der Frage, ob der Kreis für die behauptete Amtspflichtverletzung des Landrats hafte, ist zunächst zu untersuchen, ob der Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses, sobald der Kreisausschuß oder sein Vorsitzender als Organ der Selbstverwaltung — nicht als staatliches Verwaltungsgericht — tätig ist, als ein Beamter anzusehen sei, der für den Dienst des Kreiskommunalverbandes angestellt ist. Diese Frage wird nicht allein durch die Erwägung entschieden, daß der Landrat nach § 24 KreisO. für Hessen-Nassau vom König ernannt wird. Auch ein vom Staat ernannter Beamter kann für den Dienst eines Kommunalverbandes angestellt sein (RGEntsch. 80, 342). Nach § 36 Landesverwaltungs-Ges. führt der Landrat den Vorsitz im Kreisausschuß kraft seiner Amtsstellung, ohne daß es einer besonderen Bestellung bedarf. Nach der gesetzlichen Einrichtung des Landratsamts ist sein Träger ein Staatsbeamter. Der Landrat hat zwar nach § 26 KreisO. für Hessen-Nassau insofern eine Doppelstellung, als er als Organ der Staatsregierung die Geschäfte der allgemeinen Landesverwaltung und als Vorsitzender des Kreisausschusses die Kommunalverwaltung des Kreises leitet. Indem die Kreisordnung (§ 24) in Berücksichtigung dieser Doppelstellung dem Kreistage ein Vorschlagsrecht, dem König aber die Ernennung des Landrats zuweist, bringt sie zum Ausdruck, daß der Landrat Staatsbeamter sein soll und ist. Wenn er Geschäfte erledigt, die ihm kraft seines Staatsamts übertragen sind, aber in den Bereich der Selbstverwaltung des Kreiskommunalverbandes fallen, so wird er dadurch nicht zugleich zum Kommunalbeamten; auch ein Kommunalbeamter wird dadurch, daß bestimmte staatliche Aufgaben, z. B. die Leitung der örtlichen Polizei, mit seinem Kommunalamt verbunden werden, nicht zugleich unmittelbarer Staatsbeamter; auch bei Bearbeitung dieser staatlichen Geschäfte bleibt er Organ der Selbstverwaltung, so daß für etwaige Verletzungen der Amtspflicht die Gemeinde haftet;

so Brand Beamtenr. § 228 Nr. 4 S. 618; vgl. auch Fleiner, Institutionen des Verwaltungsr. 114.

Selbst wenn aber der Wirkungskreis, den der Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses in Angelegenheiten der Selbstverwaltung hat, als ein zweites Amt aufzufassen wäre, so würde es sich um ein Amt handeln, das seiner Art nach ein Nebenamt zum staatlichen Hauptamt ist. Nach § 2 Kommunalbeamten-Ges. v. 30. Juli 1899 ist als Kommunalbeamter nicht anzusehen, wer neben seinem staatlichen Hauptamt ein Kommunalamt bekleidet, das seiner Art nach ein Nebenamt ist. Dieses Gesetz ist aber zur Auslegung des Begriffs des Kommunalbeamten des Gesetzes v. 1. Juli 1909 insoweit heranzuziehen, zumal dieses Gesetz ebenso wie jenes die „Anstellung für den Kommunal-

verband" als wesentliches Merkmal hervorhebt. Ob der Landrat des verklagten Kreises für die Erledigung der Geschäfte der Selbstverwaltung eine besondere Vergütung von dem Kreise erhält, ist unerheblich. Die Rechtsstellung des Vorsitzenden des Kreisausschusses ist durch das allgemeine staatliche Recht geregelt und kann durch besondere Abreden zwischen dem Vorsitzenden des Kreisausschusses und dem Kreise nicht verändert werden.

Nach alledem kann § 4 des erwähnten Gesetzes v. 1. Juli 1909 keine Anwendung finden; für Verletzungen der Amtspflicht, die der Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses in Angelegenheiten der Selbstverwaltung begeht, haftet der Kreiskommunalverband nicht. — — —

Urteil des OLG. zu Kassel (1. Sen.) v. 3. Dez. 1915. 1 U. 53/15. Mt.

61. Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Ehemannes; Einfluß der Üblichkeit eines Arbeitsverdienstes der Frau*; Verhältnis zur Unterhaltspflicht der Verwandten**.

*Vgl. 63 Nr. 161. — **Vgl. 59 Nr. 185.

BGB. §§ 1578. 1608.

Die Parteien waren früher miteinander verheiratet; seit dem 23. Mai 1912 ist die Ehe aus alleinigem Verschulden des Beklagten rechtskräftig geschieden. Die Klägerin verlangte nun vom Beklagten Gewährung des standesmäßigen Unterhalts mit vierteljährlich 375 M. Zuerkannt wurden ihr jährlich 600 M. Rechtsmittel hatten keinen Erfolg. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt in erster Linie von der Beantwortung der Frage ab, ob der Klaganspruch etwa um deswillen unbegründet ist, weil die allerdings vermögenslose Klägerin ihren Unterhalt, wie das Oberlandesgericht als unstreitig ansieht, durch Arbeit erwerben kann und, wie der Beklagte behauptet und das Ber.-Gericht als richtig unterstellt, auch wirklich erwirbt. Das Ber.-Gericht verneint diese Frage mit dem Landgericht auf Grund der Feststellung, daß nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten zur Zeit der Scheidung gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau nicht üblich sei. Die Revision wendet dagegen ein, daß es, wenn die Frau arbeite und aus ihrer Arbeit Einkommen habe, auf die Frage der Üblichkeit garnicht ankomme. Indessen die Auffassung des Ber.-Gerichts entspricht dem Gesetze, das in § 1578 Abs. 1 BGB. die für die geschiedene Frau bestehende Möglichkeit, den Unterhalt aus dem Ertrag ihrer Arbeit zu bestreiten, nur dann in Betracht gezogen wissen will, wenn nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist. Lediglich die Üblichkeit entscheidet. Ist nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau als üblich anzusehen, so muß sich die geschiedene Frau das, was sie durch Arbeit erwerben könnte, wenn sie arbeitete, und erst recht das, was sie durch Arbeit tatsächlich erwirbt, auf den Unterhalt anrechnen lassen, auch wenn sie während der Ehe keine

erwerbende Tätigkeit ausgeübt hat. Umgekehrt kann einer Frau nicht zugemutet werden, nach der Scheidung erwerbende Tätigkeit auszuüben und sich den Ertrag ihrer Arbeit auf den Unterhalt anrechnen zu lassen, wenn nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau nicht als üblich anzusehen ist. Dies selbst dann nicht, wenn sie während der Ehe eine erwerbende Tätigkeit ausgeübt haben sollte. Arbeitet sie dennoch, so bleibt der Ertrag ihrer Arbeit von der Anrechnung auf den Unterhalt ausgeschlossen. Alles das hat der Senat bereits ausgesprochen (RGEntsch. 62, 294ff., insbes. S. 300), und daran ist festzuhalten. Daß dieser Standpunkt der des Gesetzes ist, wird auch in der Rechtslehre fast ausnahmslos angenommen.

Die zweite Frage ist die, ob die Verpflichtung des Beklagten, der Klägerin Unterhalt zu gewähren, dadurch beeinflußt wird, daß die Mutter der Klägerin, wie das Ber.-Gericht wieder als unstreitig ansieht, Vermögen hat und an sich vielleicht in der Lage wäre, für den Unterhalt der Klägerin aufzukommen. Das Ber.-Gericht verneint in Übereinstimmung mit dem Landgericht auch diese Frage. Wenn, so wird gesagt, die Mutter der Klägerin unterhaltspflichtig wäre, so würde allerdings (§ 1608 Abs. 1 Satz 2), soweit dem Beklagten nicht sein standesmäßiger Unterhalt bleibt, ihre Unterhaltspflicht der seinigen vorgehen, die Mutter sei aber nicht unterhaltspflichtig, da die Klägerin sich durch Arbeit selbst unterhalten könne, also (§ 1602) nicht unterhaltsbedürftig sei. Diese Auffassung entspricht gleichfalls dem Gesetze. Soweit der unterhaltspflichtige Ehegatte, auch der geschiedene (§ 1606 Abs. 2), bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dem andern Ehegatten Unterhalt zu gewähren, sollen dessen Verwandte, der Regel des § 1608 Abs. 1 Satz 1 entgegen, ausnahmsweise vor ihm haften. Insoweit soll also der Ehegatte erst haften, wenn und soweit der unterhaltsberechtigte Ehegatte von seinen unterhaltspflichtigen Verwandten Unterhalt nicht zu erlangen vermag. Das Gesetz mag dabei zunächst an die Fälle denken, in denen die Unterhaltspflicht der Verwandten deshalb versagt (vgl. JW. 1904, 176[20]), weil sie zur Gewährung des Unterhalts nicht in der Lage sind. Die vom Gesetz ins Auge gefaßte Wirkung tritt aber nicht minder dann ein, wenn die Verwandten zwar leistungsfähig, zur Gewährung von Unterhalt jedoch deshalb nicht verpflichtet sind, weil der seinem Ehegatten gegenüber unterhaltsberechtigte Ehegatte ihnen gegenüber mangels Bedürftigkeit nicht unterhaltsberechtigt ist. Daß ein solcher Fall, wie gerade der zur Entscheidung stehende Rechtsstreit zeigt, vorkommen kann, hat darin seinen Grund, daß die Voraussetzungen, an die das Gesetz die Unterhaltsberechtigung knüpft, bei der Unterhaltspflicht der Ehegatten und der der Verwandten nicht durchaus übereinstimmen, was insbesondere hervortritt, wenn man die Vorschrift in § 1578 Abs. 1 mit der in § 1602 vergleicht. Nun mag zwar der Billigkeitsgrund, der zu der Vorschrift in § 1608 Abs. 1 Satz 2 geführt hat (vgl. Motive 4, 689 zu § 1484, und 686

zu § 1482 Abs. 2 des 1. Entwurfs), die Vermeidung einer ungerechtfertigten Härte, auch dann und vielleicht erst recht zutreffen, wenn dem unterhaltspflichtigen Ehegatten als unterhaltsberechtigt ein Ehegatte gegenübersteht, der von seinen an sich unterhaltspflichtigen Verwandten den standesmäßigen Unterhalt bloß deshalb nicht beanspruchen kann, weil er imstande ist, ihn sich selbst zu verschaffen. Indessen das berechtigt nicht, die Vorschrift in § 1608 Abs. 1 Satz 2, zumal da sie die Eigenschaft einer Ausnahmebestimmung hat, auch in einem Fall zur Anwendung zu bringen, für den sie nach ihrem Wortlaut und auch nach ihrem Sinn nicht gegeben ist. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 3. Mai 1915 in der preuß. Sache W. (Bkl.) w. W. (OLG. Celle). IV. 640/14.

---

62. Eine erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kann der Ausschlagung der Erbschaft nachfolgen.

Vgl. oben Nr. 20.

BGB. §§ 1831. 1822.[1] 1944.

Nachdem der Vater der Klägerin am 9. Mai 1902 gestorben war, hatte ihre Mutter am 9. Juni 1902 vor dem Amtsgericht erklärt, daß einziges Kind aus der Ehe die Klägerin sei, daß kein Testament errichtet sei, und daß sie für sich und ihre minderjährige Tochter die Erbschaft ausschlage und hierzu die Genehmigung des Vorm.-Gerichts erbitte. Nach einem Protokoll des Amtsgerichts vom 11. Juni 1902 hatte das Amtsgericht an diesem Tage die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der für die minderjährige Klägerin erklärten Ausschlagung der Erbschaft erteilt und dies war der Mutter am 14. Juni 1902 mitgeteilt worden. Unter Berufung auf diese Vorgänge klagte die Klägerin gegen einen Gläubiger ihres Vaters mit dem Antrage, die von ihm gegen sie versuchte Zw.-Vollstreckung aus Schuldtiteln des Vaters zu unterlassen. Der Einwand des Beklagten, daß die Ausschlagung der Erbschaft unwirksam sei, weil die Genehmigung des Vorm.-Gerichts erst nach der Ausschlagung stattgefunden habe, war in den beiden ersten Instanzen für begründet erachtet worden, wurde aber vom Reichsgericht verworfen. — Aus den Gründen:

„Wenn man lediglich die Vorschrift des § 1831 Satz 1 BGB. in Betracht zieht, so läßt sich die Entscheidung des Ber.-Gerichts nicht beanstanden. Allein diese Vorschrift kann dann keine Anwendung finden, wenn das einseitige Rechtsgeschäft, von dem im § 1831 BGB. die Rede ist, nach gesetzlicher Vorschrift binnen einer bestimmten Frist vorgenommen werden muß. Der gesetzgeberische Grund der Aufnahme des § 1831 in das Gesetz war ebenso wie bei § 111 BGB. der, daß man es für unbillig erachtete, diejenigen Personen, deren Rechtsverhältnisse durch das einseitige Rechtsgeschäft berührt werden, für unbestimmte Zeit über die Frage seiner Wirksamkeit im ungewissen zu lassen. Um dem vorzubeugen, sollte die Genehmigung des Vorm.-Gerichts

der Vornahme des Geschäfts vorhergehen, so daß dieses in dem letzten Zeitpunkte sofort wirksam wurde (vgl. Mot. 1, 133; 4, 1153; Prot. 1, 62; 4, 797 ff.). Dieser gesetzgeberische Grund entfällt aber, wenn das Gesetz selbst dafür Sorge trägt, daß der Zustand der Ungewißheit binnen festbestimmter Zeit sein Ende erreicht. In solchen Fällen muß die gesetzliche Fristbestimmung dahin verstanden werden, daß es genügen soll, wenn alle zur Gültigkeit des Geschäfts erforderlichen Erklärungen bis zum Ablauf der Frist abgegeben werden, daß es aber auf die Reihenfolge, in der die Abgabe erfolgt, nicht ankommen soll (vgl. RGRKomm. Anm. I zu § 1831 BGB.). Zu den befristeten einseitigen Rechtsgeschäften in diesem Sinne gehört aber nach § 1944 BGB. die Ausschlagung der Erbschaft. Da nun im vorliegenden Fall die Genehmigung des Vorm.-Gerichts jedenfalls innerhalb der Ausschlagungsfrist wirksam geworden ist (§ 1828 BGB.; § 16 Abs. 1 FGG.), so kann die Gültigkeit der Erbschaftsausschlagung der Klägerin nicht in Abrede gestellt werden. Der Klagantrag ist darnach gerechtfertigt."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 26. Febr. 1915 in der preuß. Sache S. (Kl.) w. N. (KG. Berlin). IV. 378/14.

---

63. Eingetr. Genossenschaft; Verjährung des Schadensanspruchs gegen Mitglieder des Aufsichtsrats.

GenG. § 41 Abs. 5; BGB. § 852.

Der Konk.-Verwalter der M. Innungsbank, einer Genossenschaft m. b. H., verklagte eine Anzahl von Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats der Genossenschaft auf Schadenersatz. Der hier in Betracht kommende Beklagte Fr. gehörte dem Aufsichtsrat von 1898 bis Juni 1906 an. Die im Januar 1913 erhobene Klage wurde durch Teilurteil des Landgerichts gegen den Beklagten Fr. abgewiesen, weil zur Zeit der Erhebung der Klage die fünfjährige Verjährungsfrist des § 41 GenG. bereits abgelaufen gewesen sei. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen; ebenso seine Revision. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Schaden, dessen Ersatz der Kläger von dem Beklagten Fr. begehrt, soll lediglich dadurch herbeigeführt sein, daß der Vorstand der Genossenschaft bestimmten namentlich bezeichneten Genossen Kredite gewährt habe, die mit deren Vermögensverhältnissen nicht in Einklang standen, die zum Teil überhaupt nicht, zum Teil ungenügend gesichert waren und die den von der Gen.-Versammlung der Genossenschaft v. 8. Juni 1898 genehmigten Kreditbedingungen zuwiderliefen. Der Beklagte Fr. wird für diesen Schaden verantwortlich gemacht, weil er in Verletzung seiner Pflichten als Mitglied des Aufsichtsrats trotz seines Bewußtseins der Unzulässigkeit dieser Kreditgewährungen und ihrer Schädlichkeit für die Genossenschaft nicht energisch dagegen eingeschritten, vielmehr mit den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern nur Beschlüsse auf Herabminderung der Kredite gefaßt habe, die vom Vorstande

nicht nur nicht beobachtet, sondern mit Krediterhöhungen beantwortet seien; weil er trotzdem nicht auf Absetzung des Vorstandes gedrängt und der Gen.-Versammlung das Geschäftsgebahren des Vorstandes nicht mitgeteilt, sondern die Einsetzung der ungesicherten Forderungen an die hier fraglichen kreditunwürdigen Genossen als sichere Forderungen in die Bilanz geduldet; und weil er endlich trotz eingetretener Überschuldung der Genossenschaft nicht auf die Konk.-Eröffnung hingewirkt habe.

Weil alle diese dem Beklagten Fr. zur Last gelegten Verfehlungen ihre Wurzel in der Verletzung der ihm gegenüber der Genossenschaft vertraglich obliegenden Aufsichtspflicht hätten, nimmt das Ber.-Gericht an, daß auf die Verjährung des darauf gegründeten Schadenersatzanspruchs § 41 Abs. 4 GenG. Anwendung finde, und daß demzufolge der eingeklagte Anspruch verjährt sei.

— — — Die Revision macht geltend, daß das dem Beklagten Fr. zur Last gelegte Verhalten den eingeklagten Anspruch nicht nur aus § 41 Abs. 1 und 2 GenG., sondern auch aus § 823 Abs. 2 und aus § 826 BGB. begründe; aus Abs. 2 § 823 insofern, als das Verhalten des Beklagten gegen die §§ 146. 147 GenG. verstoße; soweit aber der Anspruch nach Abs. 2 § 823 oder § 826 BGB. begründet sei, unterliege er nach § 852 BGB. einer zwar nur dreijährigen, aber erst von der Kenntnis des Schadens ab laufenden und daher im vorliegenden Falle noch nicht vollendeten Verjährung.

Der Revision ist zuzugeben, daß ein die Genossenschaft schädigendes Verhalten ihrer Aufsichtsratsmitglieder sowohl eine Verletzung des auf vertraglicher Grundlage beruhenden Schuldverhältnisses, die von der Verjährungsvorschrift des § 41 Abs. 4 GenG. betroffen wird, enthalten, als auch den Tatbestand einer unerlaubten Handlung gemäß § 823 Abs. 2 und § 826 BGB. erfüllen kann. Die unerlaubte Handlung vermag indes einen Schadensanspruch neben demjenigen aus der Vertragsverletzung in solchem Fall nur zu erzeugen, wenn die Handlung, von einem durch das vertragliche Schuldverhältnis nicht Gebundenen begangen, ebenfalls eine unerlaubte sein würde. Ist die Handlung ohne die vertragliche Verpflichtung des Handelnden nicht unerlaubt, so ist es lediglich die Vertragsverletzung, die einen Schadenersatzanspruch erzeugt, nicht auch daneben die unerlaubte Handlung, die als solche erst durch die Vertragsverletzung in Verbindung mit andern Tatumständen gegeben ist. Dem Vertragsgegner ist dann ein Anspruch auf Schadenersatz nur aus der Vertragsverletzung gegeben; ihm gegenüber liegt eine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823ff. BGB., als welche nur ein abgesehen von einem bereits bestehenden Schuldverhältnisse widerrechtliches Verhalten anzusehen ist, überhaupt nicht vor. Alles aber, was dem Beklagten Fr. zur Last gelegt wird, ist nur deshalb widerrechtlich, weil es gegen die ihm der Genossenschaft gegenüber, deren Anspruch der Kläger geltend macht, vertraglich obliegenden Pflichten als Aufsichtsratsmitglied verstößt.

Dies ergibt sich ohne weiteres für die dem Beklagten zur Last gelegten strafbaren Handlungen gegen §§ 146. 147 GenG., die von ihm nur in seiner Eigenschaft als Mitglied des Aufsichtsrats begangen sein können. — — — Die in §§ 146. 147 GenG. behandelten Straftaten sind der Genossenschaft gegenüber lediglich Vertragsverletzungen, wenn sie auch mit öffentlicher Strafe bedroht sind. Damit ist es wohl vereinbar, daß diese Strafgesetze den Schutz dritter, zu den Tätern nicht in dem Aufsichtsrat-Vertragsverhältnis stehender Personen bezwecken, wie dies bezüglich des § 147 von der Rechtsprechung anerkannt ist (RGEntsch. 81, 269). Dritte können demnach Ersatz des ihnen durch einen Verstoß gegen § 147 GenG. zugefügten Schadens auf Grund des § 823 Abs. 2 BGB. wegen unerlaubter Handlung verlangen. Auch der Genossenschaft soll durch die Androhung öffentlicher Strafe in § 147 ein verstärkter Schutz zuteil werden, aber nur zur Sicherung ihres bereits bestehenden vertraglichen Rechts, nicht durch Begründung eines neuen Rechts auf Unterlassung der unter Strafe gestellten Handlungen, dessen Gewährung völlig gegenstandlos sein würde.

Aber auch den Tatbestand des § 826 BGB., vorsätzliche Schädigung der Genossenschaft in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise, leitet der Kläger insofern aus dem vertraglichen Aufsichtsratsverhältnis her, als für einen Verstoß des Beklagten gegen die guten Sitten nichts weiter vorgebracht ist als eine vorsätzliche Verletzung seiner ihm als Mitglied des Aufsichtsrats obliegenden Pflichten, begangen durch pflichtwidrige Unterlassungen. Alle diese Unterlassungen können aber jedenfalls nur dann, auch beim Bewußtsein ihrer Schädlichkeit für die Genossenschaft, einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen, wenn der Beklagte zu den unterlassenen Handlungen verpflichtet war. Und ohne seine Eigenschaft als Mitglied des Aufsichtsrats wäre der Beklagte dazu nicht verpflichtet gewesen. Demnach war der Genossenschaft, bei Unterstellung der von dem Kläger behaupteten Sachlage neben ihrem vertraglichen Anspruch aus § 41 GenG. ein Anspruch auf Schadenersatz aus § 826 BGB. nicht gegeben. Mit Recht hat daher das Ber.-Gericht angenommen, daß die Frage, ob der geltend gemachte Anspruch verjährt sei, nach § 41 Abs. 4 GenG., nicht nach § 852 BGB. zu entscheiden sei.

Es kann demnach allerdings der Schadensanspruch gegen Mitglieder des Aufsichtsrats wegen ein und derselben Handlung, z. B. Verstoßes gegen § 147 GenG., je nachdem die Genossenschaft oder ein Dritter Schadenersatz beansprucht, der Verjährung aus § 41 Abs. 4 oder aus § 852 BGB. unterliegen. Anderseits braucht aber in einem solchen Fall die Genossenschaft sich nicht gefallen zu lassen, wie die Revision will, daß beide Verjährungsvorschriften auf ihren Anspruch anwendbar wären, also das verklagte Aufsichtsratsmitglied nur die ihm je nach den Umständen günstigere gelten zu lassen brauchte. Eine solche Anwendung beider Verjährungsvorschriften ist nur zu rechtfertigen, wenn zwei selbständige Ansprüche, der eine aus dem Vertrage, der andre aus

unerlaubter Handlung, gegeben sind, wenn z. B. das Aufsichtsratsmitglied sich an einem Diebstahl am Genossenschaftsgut, oder an einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Sachbeschädigung, oder an einem zum Nachteil der Genossenschaft begangenen Betruge beteiligt.

Richtet sich nun die Verjährung des eingeklagten Anspruchs ausschließlich nach § 41 Abs. 4 GenG., so hat das Ber.-Gericht ohne Rechtsirrtum den Ablauf der dort bestimmten fünfjährigen Verjährungsfrist angenommen. Die Entstehung des Anspruchs, mit der nach § 198 BGB. die Verjährungsfrist zu laufen begann, war allerdings nicht schon durch die im Juni 1906 infolge seines Austritts aus dem Aufsichtsrat eingetretene Beendigung des pflichtwidrigen Verhaltens des Beklagten gegeben. Es mußte das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs, mithin der Eintritt eines Schadens hinzukommen. Der mit der Klage geltend gemachte Schaden ist aber nach Feststellung des Ber.-Gerichts durch pflichtwidrige Kreditgewährung an gewisse Genossen verursacht und er ist schon entstanden mit der vor 1906 erfolgten Kredithingabe, da die Genossenschaft gegen bares Geld eine garnicht oder nur unzulänglich gesicherte Forderung gegen Personen erwarb, deren Vermögen weit hinter dem ihnen gegebenen Kredit zurückblieb. Diese Schädigung der Genossenschaft ist nach der eigenen Darstellung des Klägers niemals beseitigt, sondern im Lauf der Zeit, ermöglicht durch das pflichtwidrige Verhalten des Beklagten, noch erheblich vergrößert worden. Demnach hat der Lauf der Verjährungsfrist jedenfalls mit dem Austritt des Beklagten aus dem Aufsichtsrat im Juni 1906 begonnen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 9. Nov. 1915 in der preuß. Sache M. Innungsbank Konk. (Kl.) w. Fr. (OLG. Naumburg). II. 248/15. Fl.

64. Bedeutung eines Fakturenvermerks über die Frist der Mängelanzeige.

*Vgl. 45 Nr. 205; 56 Nr. 33.
HGB. § 377.

Die Klägerin hatte von der Beklagten eine Anzahl Fässer Trockenvollmilch „Milcon" gekauft und geliefert erhalten, jedoch wegen angeblich mangelnder Vertragmäßigkeit zum größten Teil zur Verfügung gestellt. Im gegenwärtigen Rechtsstreit kamen sieben Fässer, im Anfang März 1913 geliefert, in Frage. Die Klägerin hatte 1050 M bezahlt und wollte wandeln; sie verlangte Rückzahlung des Geldes gegen Rückgabe der sieben Fässer. Die Beklagte wandte in erster Linie ein, daß die Rüge verspätet erfolgt sei. — In 1. Instanz wurde die Klage auf Grund der Einrede abgewiesen; in 2. Instanz wurde die Einrede verworfen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Bereits in der 1. Instanz hat die Beklagte vier ihrer Fakturen eingereicht, welche am Fuße die Bemerkung tragen: ‚Reklamationen können nur innerhalb von drei Tagen nach Empfang der Ware berücksichtigt werden'.

Es fragt sich, ob und wieweit der Empfänger der Faktura, der Käufer, hier Klägerin, sich auf diesen Satz hinsichtlich der ihr nach § 377 HGB. obliegenden Pflicht berufen kann. Nach den Ausführungen in der neuesten Auflage von Staub HGB.[9] 2, 820 § 377 Anm. 32 kann der Käufer gegenüber dem Verkäufer nicht darauf hinweisen, daß die Frist zur Mängelanzeige durch jenen Vermerk zum Nachteil des Verkäufers erstreckt sei; aus ihm erwüchsen für den Verkäufer weder Rechte noch Nachteile. Demgegenüber wird (vgl. insbes. Düringer-Hachenburg HGB. 2, 305 § 377 Anm. 53) der Standpunkt vertreten, daß solcher Hinweis in der Faktura den Verkäufer verpflichte, Rügen als rechtzeitig anzuerkennen, welche in die dort angegebene Zeit fielen. Diese Auffassung hat der jetzt erkennende Senat bisher geteilt (HansGZ. Hauptbl. 1911 Nr. 12). Er hält daran fest. Es kommt nicht, wie Staub meint, ausschließlich darauf an, was der Verkäufer gemeint hat, ob er sich eines Rechts begeben wollte oder nicht, vielmehr bleibt auch der Umstand zu beachten, wie bei verständiger Prüfung der Sachlage der Käufer die Äußerung auf der Faktura auffassen konnte und mußte.

Im vorliegenden Fall, wo die Frist recht kurz gesetzt war und, wenn eine genaue Geschmacks- und kleinere Verarbeitungsprobe erfolgte, beinahe ausgenutzt wurde, wo es auch bei der Betriebseinteilung nicht immer ganz leicht war, sofort nach Eintreffen der Fässer mit Öffnen und Probieren zu beginnen, wo anderseits bei der verderblichen Beschaffenheit der Ware bald Klarheit über etwaige Fehler geschafft werden mußte, ist unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr die Klausel so auszulegen, daß eine in der gesetzten Zeit erfolgende Rüge noch rechtzeitig war.

Dabei wird nach § 187 Abs. 1 BGB. der Tag des Empfangs nicht mitgerechnet und genügt nach § 377 Abs. 4 HGB. für die Wahrung der Frist die Absendung der Mängelanzeige. Nach den Aussagen der Zeugen ist die Ware am 5. März in der Fabrik der Klägerin angekommen. Die Mängelanzeige ist am 8. März 1913 abgesendet. Danach ist die Frist gehalten. — — —."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 18. Nov. 1915 i. S. Schm.-Sch. w. Brüder S. Bf. VI. 473/14. Nö.

---

65. Die Klagefrist aus § 39 StrandO. setzt eine Festsetzung des Hülfslohnanspruchs durch die Aufsichtsbehörde voraus.

Vgl. 37 Nr. 335; auch 69 Nr. 130 m. N.

StrandO. § 39.

Die Klägerin hatte bei dem Strandamt Hamburg, dem gemäß § 40 StrandO. v. 17. Mai 1874 die im § 38 der Aufsichtsbehörde zugewiesenen Obliegenheiten übertragen sind, einen Anspruch auf Festsetzung eines Hülfslohns gegen die Beklagte gemäß §§ 36ff. StrandO. geltend gemacht. Das Strandamt hatte den Antrag zurückgewiesen. Die Klägerin erhob unter Nichtbeobachtung der im § 39 vorgesehenen Frist Klage bei dem zuständigen

Landgericht auf Zahlung des Hülfslohns. Die Nichteinhaltung der Frist wurde in 2. Instanz für bedeutunglos erklärt. Aus den Gründen:

„Zutreffend weist das Landgericht darauf hin, daß auch eine die Festsetzung eines Hülfslohns ablehnende Entscheidung des Strandamts ein Bescheid i. S. von § 39 Abs. 1 StrandO. sei. Doch folgt hieraus keineswegs, daß nach Erlassung eines solchen, eine Hülfslohnfestsetzung überhaupt nicht enthaltenden Bescheides die Zulässigkeit des Rechtswegs wegen des betreffenden Hülfslohnanspruchs von der Einhaltung der in § 39 Abs. 2 vorgesehenen Ausschlußfrist abhänge. Vielmehr kommt die Einhaltung dieser Ausschlußfrist nur in Frage, wenn das Strandamt einen Hülfslohn festgesetzt hat. Denn nur solchenfalls kann sich die eine oder andre Partei i. S. von § 39 Abs. 2 StrandO. ‚beschwert fühlen'. Lehnt dagegen das Strandamt die Festsetzung überhaupt ab, weil seiner Entscheidung unterliegende Ansprüche nicht gegeben seien, so wird dadurch den materiellen Rechten des Antragstellers in keiner Weise vorgegriffen. Vielmehr steht ihm im vollen Umfange der Rechtsweg offen und indem er diesen beschreitet, wendet er sich nicht gegen den betreffenden Bescheid des Strandamtes als ein dadurch Beschwerter, stellt sich vielmehr insofern auf den Standpunkt dieses Bescheides, als er der ihm durch die Stellungnahme des Strandamtes zur Geltungmachung seiner Ansprüche freigegebenen Richtlinie folgt. — — —"

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (1. Sen.) v. 31. Mai 1915 in der Hamburger Sache Schr. & W. w. die V. B. und F.-Gesellsch.

A—d.

---

66. Warenzeichen oder Warenverzierung?

Vgl. 42 Nr. 139; 63 Nr. 232.
WarenzG. § 1.

I. Die Parteien befassen sich mit der Herstellung und dem Vertriebe von Scheuertüchern. Der Beklagten ist für Scheuertücher ein Warenzeichen eingetragen, das nach der maßgebenden Beschreibung aus drei Längsstreifen nebeneinander in der Mitte des Scheuertuchs besteht, welche etwa gleiche Breite und gleichen Abstand voneinander haben, gleichfarbig oder verschiedenfarbig sein können und durch Kettenfäden von der betreffenden Farbe gebildet werden. Die Klägerin verlangte von der Beklagten Einwilligung in die Löschung des Zeichens, indem sie geltend machte, daß dasselbe überhaupt kein Warenzeichen im Sinne des Gesetzes, sondern eine Abbildung der Ware selbst sei, und daß ihm die erforderliche Unterscheidungskraft abgehe. Die Beklagte erhob Widerklage mit dem Antrage, der Klägerin zu untersagen, Scheuertücher mit derartigen Streifen herzustellen und zu vertreiben, weil damit wegen der bestehenden Verwechselungsgefahr gegen ihr Zeichenschutzrecht verstoßen werde. — In 2. Instanz wurden Klage wie Widerklage abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Die von der Beklagten benannten Zeugen sind Kunden oder Agenten der Beklagten. Daß diese von dem von der Beklagten in Anspruch genommenen Warenzeichen Kenntnis haben und deshalb vielleicht auch den Mittelstreifen auf den Tüchern der Beklagten die Eigenschaft des Warenzeichens beimessen, ist möglich und erklärlich. Dadurch wird aber nichts daran geändert, daß der Gebrauch der Streifen durch die Klägerin nach der allgemeinen Auffassung der beteiligten Verkehrskreise kein warenzeichenmäßiger im Sinn des Gesetzes ist. Die Streifen werden nach jener Auffassung als bloße Verzierung empfunden, die der Ware zur Befriedigung des Schönheitssinns eingefügt ist; sie stellen sich nicht als etwas Selbständiges dar, das an der Ware angebracht ist, um sie als Fabrikat eines bestimmten Erzeugers kenntlich zu machen, sondern als ein zur bestimmunggemäßen Herstellung der Ware, nämlich eines mit Verzierungen versehenen Scheuertuchs, notwendiger Bestandteil. Demzufolge kann der Dritte, der, wie dies bei der Klägerin zutrifft, in derselben Weise die Streifen als Geschmacksmuster, nämlich als Verzierung seiner Ware und damit als deren technisch notwendigen Bestandteil benutzt, von der Beklagten auf Grund ihres der Unterscheidungskraft und damit des Schutzes aus § 12 WarenzG. entbehrenden Warenzeichens daran nicht gehindert werden (vgl. RGEntsch. 64, 98).

Übrigens sei darauf hingewiesen, daß es sich mit dieser allgemeinen Auffassung des Streifens als Verzierung verträgt, wenn einzelne Fabrikanten zugleich damit auch die Qualitäten ihrer Erzeugnisse zu kennzeichnen suchen sollten. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 28. Nov. 1913 i. S. Weberei M. (Kl.) w. Fr. 3 O. 282/12. —ll.

II. Die Verfügungsklägerin, für die eine in Schwarzdruck ausgeführte Abbildung des Leipziger Völkerschlachtdenkmals als Warenzeichen für Schokoladenwaren eingetragen ist, behauptete, die Verfügungsbeklagte, welche die gleichen Waren führt, verletze durch Verwendung eines schwarzen Bildzeichens sowie einer farbigen Wiedergabe desselben das oben genannte Warenzeichen. Sie beantragte, der Beklagten durch einstweil. Verfügung zu verbieten, ihre Waren oder deren Verpackung und Umhüllung mit Bildzeichen und Abbildungen zu versehen, die mit dem Warenzeichen der Klägerin übereinstimmten. — Die Beklagte bestritt die zeichenmäßige Benutzung des Völkerschlachtdenkmals und die Verwechselungsfähigkeit ihrer Packungen mit dem Warenzeichen der Klägerin. — Der Antrag wurde durch Urteil abgelehnt, die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Es handelt sich nach Ansicht des Ber.-Gerichts bei der von der Beklagten verwendeten Darstellung überhaupt nicht um eine Verwendung des Bildes des Völkerschlachtdenkmals als Warenzeichen. Die Beklagte will nicht erreichen und erreicht nicht, daß dieses Bild als Kennzeichen ihrer Schokoladenwaren vom Publikum aufgefaßt werde, vielmehr

steht eine bloße Verzierung der Ware, deren Ausstattung mit einem Bilde in Frage, das mit Rücksicht auf die hundertjährige Wiederkehr des Tages der Völkerschlacht dem Käufer das Bild der drei Monarchen in Verbindung mit dem des Geländes gibt, in welchem sich unter andern Erinnerungszeichen jetzt das Völkerschlachtdenkmal erhebt. Die Behauptung der Klägerin, es liege nicht ein einheitliches Gesamtbild bei den Packungen vor, sondern es handle sich um zwei nebeneinandergestellte Bilder, von denen das eine eben die Benutzung ihres Zeichens in sich trage, ist als zutreffend nicht anzuerkennen. Das Bild auf der Packung wirkt als ein Bild, wie dies der Vorderrichter schon zutreffend ausgeführt hat, und für die Frage, ob die Gefahr der Verwechselung mit den Warenzeichen der Klägerin gegeben sei, ist der Gesamteindruck des Bildes maßgebend. Übrigens würde die Verwechselungsfähigkeit auch dann zu verneinen sein, wenn man den das Gelände des Völkerschlachtdenkmals wiedergebenden Teil des Bildes getrennt ins Auge zu fassen hätte. Beim Warenzeichen des Klägers ist es das Völkerschlachtdenkmal allein, das dem Beschauer entgegentritt, dagegen hat dasselbe im Bilde der Beklagten nur die Bedeutung eines Bestandteils eines landschaftlichen Bildes, ohne daß es aus diesem in einer Weise hervorträte, die das Gelände als völlig nebensächlichen Teil dem Betrachter erscheinen ließe. Selbstverständlich kann ein Geschäftsinhaber durch die Anmeldung der Abbildung eines Gebäudes, Denkmals 2c., dieses als Warenzeichen nicht derart für sich in Beschlag nehmen, daß einem Dritten die Verwendung eines Landschaftsbildes als Ausstattungsbild oder als Warenzeichen schon um deswillen verwehrt wäre, weil das dargestellte Gelände unter andern mehr oder weniger hervortretenden einzelnen Bestandteilen auch jenes Gebäude mit umfaßt, immer vorausgesetzt natürlich, daß eine Verwechselungsfähigkeit und damit Irreführung des Publikums zu verneinen ist. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 17. Okt. 1913 i. S. K. & W. (Kl.) w. R. & Co. 3 O. 264/13. —Li.

II. Verfahren.

67. Begriff der Niederlassung nach § 21 ZPO.

Vgl. 66 Nr. 38 m. N.

ZPO. § 21.

Das Sägewerk Aumühle ist ein gewerblicher Betrieb, der für Rechnung und im Namen des Beklagten geführt wird und schon durch die vorhandenen baulichen Anlagen auf eine längere Dauer, eine gewisse Beständigkeit hinweist. Was die Art des Gewerbebetriebes anlangt, so ist das Sägewerk nicht ein bloßer Fabrikbetrieb, der (wie in dem in JW. 1897, 381 erörterten Fall) die Waren lediglich herstellte, also seinem Zweck nach nur der Vorbereitung des Absatzes der fertigen Erzeugnisse diente, mithin nichts andres als einen

inneren Vorgang innerhalb des kaufmännischen Gewerbes des Beklagten darstellen würde. Es wird vielmehr im Sägewerk Aumühle außer der Verarbeitung des Holzes zu Brettern auch eine auf den Abschluß von Geschäften gerichtete Tätigkeit entfaltet, und zwar von Geschäften, wie sie zum Betrieb der Hauptniederlassung des Beklagten gehören, und in einem Umfang, der über den Rahmen gelegentlicher oder verhältnismäßig geringfügiger Abschlüsse hinausreicht.

Zum Betrieb einer Holzgroßhandlung, wie sie der Beklagte besitzt, gehört begrifflich nicht nur der Verkauf, sondern auch der Ankauf von Holz, das ohne oder nach Bearbeitung gewinnbringend weiter veräußert werden soll. Es ist erwiesen, daß der Ankauf von Blochholz aus Privatwaldungen durch den Kläger als Leiter des Sägewerks Aumühle vorgenommen wurde. Diese Ankäufe wurden von ihm selbständig und ohne vorherige Einholung der Zustimmung des Beklagten oder dessen Frankfurter Hauptniederlassung gemacht. Die Aufgaben, die der Beklagte seiner Niederlassung in Aumühle und deren Leiter zugewiesen hat, sind auch aus dem Dienstvertrage ersichtlich. Darin wird als zu den Obliegenheiten des Klägers gehörig angeführt: Doppelte Buchführung, Errichtung von kaufmännischem Inventar und kaufmännischer Bilanz, Kassen- und Rechnungführung, Aufnahme von stehenden Waldungen, Sortierung, Kalkulation. Daraus rechtfertigt sich die Feststellung, daß der Wirkungskreis des Sägewerks Aumühle und seines „kaufmännischen" Leiters nicht auf die Bretterfabrikation und die gelegentliche Abgabe von Abfallholz und Sägemehl beschränkt ist, sondern den unmittelbaren Abschluß eines wichtigen Teils von Geschäften, wie sie zum Betrieb des Handelsgewerbes des Beklagten gehören, also von kaufmännischen Geschäften, umfaßt. Aumühle stellt in Ansehung des Ankaufs von Blochholz aus Privatwaldungen für das Wirtschaftsgebiet, zu dem es gehört, einen räumlichen Ausschnitt aus dem Gesamtbetriebe des Beklagten dar.

Damit ist der Begriff der Niederlassung i. S. des § 21 ZPO. erschöpft. Nicht erforderlich ist, daß die Zweigniederlassung alle Geschäfte betreibt, die in der Hauptniederlassung betrieben werden.

Daß die vorliegende Klage auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug hat, kann füglich nicht bestritten werden. Denn es ist nicht notwendig, daß der eingeklagte Anspruch auf einem Geschäft der Niederlassung beruht. Es genügt, daß die Tatsachen, auf die er sich gründet, eine Zweckbeziehung auf die Niederlassung haben, wie hier der Anstellungsvertrag des Leiters.

Demnach ist bei dem Landgericht P. der Gerichtsstand der Niederlassung gegeben. Ob nicht auch der Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach § 29 ZPO. dort begründet wäre, kann unerörtert bleiben. Die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit ist sohin unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils zu verwerfen.

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 9. April 1915 i. S. M. w. R. L. 83/15. P.

68. Prozeßkosten bei einer erst in 2. Instanz gerügten Zuvielforderung. ZPO. §§ 92. 97.

Aus der von dem Beklagten übernommenen Schadloshaltung des klagenden Vereins für den Fall eines Fehlbetrages der von diesem veranstalteten Ausstellung klagte der Verein auf Zahlung von 2000 ℳ mit der Behauptung, daß ein entsprechender Fehlbetrag vorliege. Der Beklagte bat um Abweisung der Klage, ohne sich dabei auf eine schon geleistete Teilzahlung von 650 ℳ zu berufen. Das Landgericht verurteilte nach dem Klagantrage, den der Kläger trotz dieser Zahlung nicht eingeschränkt hatte. Der Beklagte legte Berufung ein und beantragte mit Rücksicht auf die erwähnte Zahlung das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als er zu mehr denn 1350 ℳ nebst Zinsen verurteilt worden sei. Der Kläger erklärte unter Einräumung des Empfangs der 650 ℳ, daß er den Klaganspruch um diesen Betrag nebst Zinsen herabsetze, und stellte den Antrag, dem Beklagten die Kosten der Ber.-Instanz aufzuerlegen. — Das Oberlandesgericht hob das 1. Urteil, soweit es den Beklagten zu mehr als 1350 ℳ verurteilt hatte, auf und legte dem Beklagten $^4/_5$, dem Kläger $^1/_5$ der Kosten des 1. Rechtszuges auf; die Kosten des 2. Rechtszuges hob es gegeneinander auf. Aus den Gründen:

„Infolge der unbestrittenen, aber im 1. Rechtsgange nicht in die Verhandlung eingeführten Zahlung von 650 ℳ war die Klageforderung zu diesem Teilbetrage bereits getilgt, als die Klage auf Leistung der vollen Garantiesumme erhoben wurde. Die Klage hätte daher nach diesem Teilbetrag abgewiesen werden müssen, wenn der Beklagte die Zahlung vorgeschützt hätte. Dem Ber.-Antrage, das verurteilende Erkenntnis der Vorinstanz insoweit aufzuheben, war deshalb, ohne daß auf die sachliche Seite des Streitverhältnisses weiter einzugehen gewesen wäre, und trotz der Erklärung des Klägers, daß er den Klaganspruch entsprechend ermäßige, stattzugeben, da diese Erklärung allein das Urteil wegen des Zuvielerkannten noch nicht aus der Welt schaffte. Dagegen fiel mit jener Erklärung der Anlaß weg, nunmehr deswegen noch eine Klagabweisung auszusprechen, wie solches übrigens auch vom Beklagten in der Ber.-Verhandlung nicht beantragt worden ist (vgl. §§ 536. 537 ZPO.). Wohl aber war infolge der teilweisen Aufhebung des landgerichtlichen Urteils die erstinstanzliche Kostenentscheidung nachzuprüfen, und zwar auch ohne daß es darauf gerichteter Parteianträge bedurft hätte, wie solche in der Tat nicht gestellt worden sind; denn die Bestimmung in § 308 ZPO. gilt auch in der Ber.-Instanz dergestalt, daß hier über die ganzen Kosten zu entscheiden ist (vgl. Gaupp-Stein ZPO. zu § 308 unter III und zu § 99 unter II. 2). Die so gebotene Nachprüfung der Kostenfrage mußte dazu führen, wegen der nicht unbeträchtlichen Zuvielforderung des Klägers die erstinstanzlichen Kosten entsprechend zu verteilen; hierbei schien die Wahl eines Maßstabes von 1 zu 4 angemessen.

Einer andern Beurteilung waren die Kosten des 2. Rechtszugs zu unterwerfen. Hier kam in Betracht einmal, daß der Beklagte mit seinem Ber.-Antrage in der Hauptsache durchgedrungen ist, sodann aber, daß ihm dieser Sieg auf Grund eines Vorbringens zuteil geworden ist, das er in 1. Instanz geltend zu machen imstande war. In solchen Fällen können nach § 97 ZPO. die Kosten der Ber.-Instanz ganz oder teilweise der obsiegenden Partei auferlegt werden. In Anwendung dieser Vorschrift erachtete das Ber.-Gericht es als der Billigkeit am meisten entsprechend, die zweitinstanzlichen Kosten zwischen den Parteien aufzuheben. Der Antrag des Klägers, alle Kosten dem Beklagten aufzubürden, läßt vollkommen unberücksichtigt, daß die Notwendigkeit, die 2. Instanz anzurufen, von beiden Teilen gleichmäßig verschuldet worden ist. Wie der Beklagte es übersehen hat, die Zahlung, die schon vor der Klagerhebung erfolgt war, im 1. Rechtsgang einzuwenden, hat der Kläger, dem sie ebenso bekannt war, darin gefehlt, daß er seine infolge ihrer zum Teil unberechtigte Klageforderung bis zur Urteilsfällung aufrechterhielt.

Wenn übrigens der Kläger dem Beklagten schriftlich erklärt haben sollte, er würde die Zahlung bei der Vollstreckung berücksichtigen, so würde das an der Beurteilung der Kostenfrage, wie sie oben gegeben wurde, keinesfalls etwas ändern, denn ein vollkommener Schutz gegen eine Vollstreckung des ganzen Schuldtitels war ihm dadurch nicht gewährleistet, und selbst eine etwa noch in Aussicht gestellte formelle Erklärung würde dem Beklagten nicht dazu verholfen haben, sich wirksam damit gegen eine Vollstreckung zu wehren. Die in § 775[4] ZPO. erwähnten Urkunden, durch deren Vorlegung die Einstellung der Zw.-Vollstreckung erwirkt werden kann, betreffen nur Erklärungen über eine Befriedigung, die nach Erlassung des zu vollstreckenden Urteils erfolgt ist; um eine solche hätte es sich hier aber nicht gehandelt. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 18. Nov. 1915 i. S. Ka. (Bkl.) w. Internat. Ausst. 5 O. 107/15. Ch.

---

69. Über die Beschwerde nach § 99 Abs. 3 ZPO. bei Kostenverteilung nach Bruchteilen.

Vgl. 60 Nr. 222; 63 Nr. 97; 70 Nr. 185 m. N.
ZPO. § 99 Abs. 3.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Mehrzahl der Oberlandesgerichte darf eine Anfechtung der Kostenentscheidung nach § 99 Abs. 2 ZPO. unter keinen Umständen über den Rahmen des Streitstoffs hinausgreifen, der durch das Anerkenntnisurteil betroffen worden ist, wenn dieses nur einen Teil des Streitgegenstandes erledigt. Derselbe Grundsatz muß für die Anwendung der Vorschrift des § 99 Abs. 3 gelten. Wenn sich also ein Teil des Streitgegenstandes im Laufe des Rechtsstreits erledigt hat und im Schlußurteil über dessen Rest sowie über die Kosten erkannt wird, kann diejenige Partei, die wegen des erledigten Teils als unterliegend an-

gesehen und deshalb im Schlußurteil in einen Teil der Kosten verurteilt worden ist, diese Kostenentscheidung nur insoweit mit sofortiger Beschwerde anfechten, als die Nachprüfung der angefochtenen Kostenentscheidung ein Eingehen auf den übrigen Streitgegenstand nicht zur Voraussetzung hat. Ein solches Eingehen macht sich aber nötig, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, daß bei der ausgesprochenen Verteilung der gesamten Kosten nach Bruchteilen ein unbilliger Verteilungsmaßstab angewendet worden sei, wenn z. B. behauptet wird, die Kosten hätten bei Berücksichtigung des Streitwerts einerseits des erledigten und anderseits des durch Urteil bereinigten Teils des Klaganspruchs, oder der durch diese Teile verursachten kostenpflichtigen Vorgänge, oder aus sonstigen ähnlichen Erwägungen nicht im Verhältnis von ³⁄₄ zu ¹⁄₄, sondern von ¹⁄₂ zu ¹⁄₂ zwischen den Parteien verteilt werden müssen. Ob dieser Vorwurf begründet sei, läßt sich nur entscheiden, wenn nicht bloß auf den durch die Erledigung, sondern auch auf den durch das Urteil betroffenen Teil des Streitgegenstandes eingegangen wird. Wenn dagegen der Beschwerdeführer geltend macht, daß er hinsichtlich des erledigten Teils des Klagebegehrens zu Unrecht als unterliegender Teil erachtet worden sei und deshalb mit Kosten hätte verschont werden müssen, so bedarf es zur Prüfung dieser Frage bloß des Eingehens auf den erledigten Teil des Streitgegenstandes und der Entscheidung der Frage, ob der Beschwerdeführer ohne die Erledigung in Ansehung dieses Teils obgesiegt haben würde. So aber liegt der Fall hier.

Die Klägerin hatte auf Löschung von zwei Gebrauchsmustern geklagt. Die Klage wegen des ersten erledigte sich im Laufe des Rechtsstreits durch Ablauf der Schutzfrist. Auf die Klage wegen des zweiten wurde der Beklagte verurteilt. Von den gesamten Kosten des Rechtsstreits legte die 1. Instanz der Klägerin ³⁄₄ auf, weil die Klage wegen des ersten Gebrauchsmusters von vornherein unbegründet gewesen sei, dem Beklagten als unterliegendem Teil hinsichtlich des zweiten Gebrauchsmusters ¹⁄₄. Die Klägerin hat nun mit ihrem Rechtsmittel nicht etwa eine unbillige Bemessung der Kostenteile gerügt, sondern lediglich geltend gemacht, daß die Löschungsklage auch hinsichtlich des ersten Gebrauchsmusters begründet gewesen sei und ihr deshalb Kosten wegen teilweisen Unterliegens überhaupt nicht hätten auferlegt werden dürfen. Um dies noch zu prüfen, bedarf es keines Eingehens auf den Streit wegen des zweiten Gebrauchsmusters. Stellt sich bei der Nachprüfung des den ersten Löschungsanspruch betreffenden Streites heraus, daß der Anspruch der Klägerin begründet war, so steht damit fest, daß sie in den Kostenteil von ³⁄₄ zu Unrecht verurteilt worden ist, weil sie auch in Ansehung des erledigten Teils nicht unterliegende Partei war, und daß diese ³⁄₄ den Beklagten als den hinsichtlich des gesamten Streitgegenstands unterliegenden Teil treffen müßten. Im entgegengesetzten Fall stellt sich aber die Beschwerde ohne weiteres als unbegründet dar.

Hiernach ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist aber unbegründet. — — —

Beschluß des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 21. Mai 1915 i. S. St. (Kl.) w. E. — 3 C. 60/15. —ll.

---

70. Keine Klagänderung, wenn in der Ber.-Instanz eine noch nicht verhandelte Klagebegründung wiederholt wird.

ZPO. §§ 253. 268.

In der Ber.-Instanz stützt der Kläger die Klage in erster Linie auf Mietvertrag mit der verklagten Firma Arno Kn. Eventuell nimmt er diese Firma und deren Inhaber aus der Bürgschaft v. 1. Nov. 1913 in Anspruch. Mit dem ersten Klagegrund ist der Kläger beweisfällig geblieben, deshalb war für die Entscheidung auf den in zweiter Linie geltend gemachten Klagegrund, die Bürgschaft, zuzukommen, die die unbedingte Verurteilung der Beklagten rechtfertigt.

Der Einwand der Klagänderung, den die Beklagten in der Ber.-Verhandlung mit dem Bemerken erhoben haben, daß der Klagegrund der Bürgschaft im 1. Rechtszuge teils garnicht geltend gemacht, teils durch einen andern Klagegrund ersetzt worden sei, ist hinfällig. Auf Bürgschaft ist die Klage nicht nur in der Klageschrift, sondern auch in dem zur Ergänzung und Erweiterung der Klage bestimmten Schriftsatze v. 7. Nov. 1914 gestützt worden, denn der Schriftsatz enthält u. a. die Behauptung, daß „die Firma Arno Kn. für die Mietzinsverpflichtungen des Br. die selbstschuldnerische Bürgschaft" übernommen habe, sowie die Erklärung, daß sie „hiermit aus der übernommenen Bürgschaft bzw. als Mieterin in Anspruch genommen" werde. Der landgerichtliche Urteilstatbestand ist allerdings so gefaßt, daß man annehmen könnte, in der mündlichen Verhandlung sei als Klagegrund nur der Mietvertrag geltend gemacht worden, an andrer Stelle stellt er aber fest, daß der Schriftsatz v. 7. Nov. 1914 vorgetragen worden ist, und da er nichts davon besagt, daß einzelne Teile des Schriftsatzes vom Vortrage ausgenommen worden wären, muß davon ausgegangen werden, daß sein gesamter Inhalt zum Vortrage gelangt ist. Übrigens würde es auch für die Frage der Klagänderung belanglos sein, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht sich nur auf den Mietvertrag gestützt hätte, denn dafür, ob im Lauf des Rechtsstreits die Klage geändert ist, ist die Klageschrift maßgebend (vgl. JW. 1906, 718[77]; 1910, 621), und eine Klagänderung liegt nicht vor, wenn der Kläger in der Ber.-Instanz auf einen schon in der Klageschrift geltend gemachten Klagegrund zurückkommt, den er in der mündlichen Verhandlung des 1. Rechtszuges nicht vorgetragen hat (vgl. JW. 1911, 50[44]). — — — Nach alledem waren in Beachtung der Berufung die Beklagten zur Zahlung des geforderten Betrages nebst Zinsen zu verurteilen.

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 10. Juni 1915 i. S. L. (Kl.) w. Arno Kn. u. Gen.. — 5 O. 29/15. Ch.



71. Zur Verurteilung in die Kosten wie zur Entschuldigung* wegen Ausbleibens als Zeuge ist auch einer Militärperson gegenüber das bürgerliche Gericht zuständig.

*Vgl. 70 Nr. 117 m. N.;
ZPO. §§ 380 Abs. 4, 381.

Die weitere Beschwerde des Klägers gegen die Entscheidung des Landgerichts ist an sich statthaft, weil letztere einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält und weil das Beschwerderecht gegen die Verfügungen aus §§ 380. 381 ZPO. bezüglich der durch das Ausbleiben eines Zeugen verursachten Kosten auch den Parteien zusteht (Gaupp-Stein[10] § 380 I). Sie ist jedoch aus den nachstehenden Erwägungen nicht begründet. Zwar ist die Begründung des landgerichtlichen Beschlusses rechtsirrig, so daß sie den neuen selbständigen Beschwerdegrund bildet, die Zurückweisung der Beschwerde des Klägers gegen den Beschluß des AG. D. selbst ist dagegen gerechtfertigt.

Auch im Falle des Abs. 4 von § 380 ZPO. ist zur Verurteilung des (militärischen) Zeugen in die durch sein Ausbleiben verursachten Kosten das Zivilgericht zuständig und demgemäß auch zu einer Verfügung nach § 381 ZPO. Dies ergibt schon der Wortlaut des § 380 Abs. 4, wie auch die Protokolle (S. 131) zu § 345 ZPO. (a. F.), die die Bestimmung in Abs. 4 als zur Vermeidung der zweifachen Bestrafung des Zeugen durch das Zivil- und das Militärgericht aufgenommen erklären. Auch der § 19 EinfG. z. MilStrGerO. v. 1. Dez. 1898 (RGBl. 1289), der lediglich von der Strafe des § 345 ZPO. (a. F.) spricht, weist darauf hin. Aus dem vom Landgericht angeführten Grunde war deshalb die Aufhebung des Beschlusses des ersuchten Gerichts, Amtsgerichts Pf., und die Zurückweisung der Beschwerde des Klägers, die sich nur gegen die Aufhebung der Verurteilung des Zeugen H. zur Kostentragung richtete, nicht gerechtfertigt. Dagegen ist die Aufhebung des ersteren Beschlusses mit Recht aus den nachstehenden Erwägungen erfolgt.

Die Verurteilung des Zeugen nach § 380 ZPO. unterbleibt und wird, wenn sie erfolgt ist, wieder aufgehoben, wenn sein Ausbleiben vor, in oder nach dem Vernehmungstermin genügend entschuldigt wird. Ist der Zeuge ohne sein Verschulden am Erscheinen im Termin verhindert gewesen, so ist er von Strafe und Kostentragung befreit, auch wenn er sein unverschuldetes Nichterscheinen erst verspätet dem Gericht nachweist. Dies ergibt gerade Satz 2 von Abs. 1 des § 381. Nun ist durch amtliche Bestätigungen festgestellt, daß der Zeuge sich an demselben Tage, an welchem er vor dem Amtsgericht Pf. vernommen werden sollte, beim Ersatzbataillon in M. stellen mußte. Sein Ausbleiben im amtsgerichtlichen Termin ist hiernach vollständig entschuldigt. Der Senat teilt nicht die Meinung des Beschwerdeführers, daß auch die Verspätung einer begründeten Entschuldigung die Verurteilung des Zeugen zur Kostentragung zur Folge haben müsse. Aber wenn dies auch angenommen wird, erscheint die Verspätung der Entschuldigung des Zeugen bei

der nachgewiesenen Sachlage nicht als schuldhaft, so daß sich auch in diesem Falle die Anfechtung des Beschlusses des ersuchten Gerichts rechtfertigte.

Beschluß des OLG. München (3. Sen.) v. 9. Okt. 1915 i. S. S. w. R. Beschw.-Reg. 497/15. F—z.

---

72. Die Vernehmung im Beweissicherungs-Verfahren begründet nicht die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen im Prozeß selbst.

(Vgl. 48 Nr. 150; 60 Nr. 64.)

ZPO. § 406. (42). 492.

Das Landgericht hat im Beweisbeschluß v. 6. Okt. 1915 die Vernehmung des bei ihm in allgemeiner Eidespflicht stehenden Sachverständigen, Schlossermeisters T. in L., angeordnet, der schon vorher im Beweissicherungsverfahren ein schriftliches Gutachten erstattet hatte. Der Beklagte lehnt mit Rücksicht hierauf den Sachverständigen ab; er ist der Meinung, daß der Fall einem solchen gleichstehe, in dem ein Sachverständiger einer der Parteien ein Privatgutachten erstattet habe, und bringt weiter zur Begründung der Ablehnung vor, daß dem Sachverständigen die Sachkunde fehle. Das Ablehnungsgesuch wird im angefochtenen Beschlusse zurückgewiesen, weil einmal der Beklagte von der Befugnis der Ablehnung nicht rechtzeitig, nämlich erst nach Erstattung des Gutachtens im Beweissicherungsverfahren, Gebrauch gemacht habe (§ 406 Abs. 2 ZPO.) und weil im übrigen in dem Vorbringen des Beklagten ein beachtlicher Ablehnungsgrund nicht enthalten sei. Der nach der Vernehmung des Sachverständigen, aber rechtzeitig gemäß § 406 Abs. 5 ZPO. eingelegten sofortigen Beschwerde konnte nicht abgeholfen werden.

Die Annahme des angefochtenen Beschlusses, daß die Ablehnung verspätet angebracht worden sei, trifft zwar nicht zu; denn sie ist vor der Vernehmung des Sachverständigen im Prozesse erklärt worden, dem und dessen Beweisverfahren, wie die Vorschriften der §§ 485 ff., bes. § 493 ZPO. ergaben, das Verfahren zur Sicherung des Beweises nicht als ein Teil davon zugehört.

Zutreffend aber ist die Begründung des angefochtenen Beschlusses mit dem Fehlen eines Ablehnungsgrundes, der nach Lage der Sache nur in der Besorgnis der Befangenheit gefunden werden könnte (§ 406 Abs. 1 mit § 42 Abs. 1 ZPO.). Ein Grund, der geeignet wäre, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu rechtfertigen (§ 42 Abs. 2), kann weder in dem angeblichen Fehlen der — tatsächlich vorhandenen — Sachkunde des Sachverständigen, noch darin gefunden werden, daß der Sachverständige bereits ein Gutachten in der Sache erstattet hat. Denn er hat dieses auf Anordnung des Gerichts, nicht im Auftrage einer der Parteien zu deren Gunsten erstattet. Die Erwägungen, aus denen in einem Falle letzterer Art in der Regel es der Gegenpartei nicht zu verargen ist, wenn sie davon ausgeht, daß der Sachverständige nicht in der Lage sei, seines Amtes mit voller Unpartei-

lichkeit zu walten, liegt deshalb nicht vor. Andernfalls müßte im Zweifel auch die Ablehnung eines Sachverständigen in 2. Instanz seitens derjenigen Partei als begründet angesehen werden, der sein in 1. Instanz erstattetes Gutachten abträglich ist. Daß aber lediglich der tatsächlich dem Beklagten ungünstige Ausfall des vom Sachverständigen im Beweissicherungsverfahren erstatteten Gutachtens einen Schluß auf mangelnde Unparteilichkeit des Sachverständigen nicht zu rechtfertigen vermag, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Beschluß des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 8. Nov. 1915. 5 C. Reg. 176/15. Ch.

73. Änderung des 1. Urteils auf Grund stillschweigender Anschlußberufung wegen Veränderung des Klagegegenstandes.

ZPO. §§ 529. Abs. 2, 268³. 521.

Der Beklagte war klagegemäß zur Lieferung von Mehl verurteilt worden, das er dem Kläger verkauft hatte. Er legte Berufung ein; der Kläger beantragte, diese zurückzuweisen und unter Änderung des 1. Urteils den Beklagten zu einem näher bezifferten Schadenersatz zu verurteilen. Er begründete dies damit, daß inzwischen durch Verordnung des Bundesrats die Mehllieferung als solche für den Beklagten unmöglich geworden sei. — Diesem Antrage gemäß wurde erkannt. Aus den Gründen:

„— — — Die ursprünglich vom Kläger auf Grund des Vertrags geforderte Lieferung des Mehls ist durch die Verordnung v. 28. Juni 1915 (RGBl. S. 363) unmöglich geworden. Wegen des Verzuges des Beklagten darf der Kläger gemäß §§ 286. 249 BGB. den ihm durch den Verzug erwachsenen Schaden geltend machen. — — — Die der Änderung des Klagantrags zugrunde liegende Veränderung der Verhältnisse ist erst nach Erlaß des angefochtenen Urteils eingetreten, so daß die Änderung gemäß §§ 529 Abs. 2, 268³ ZPO. zulässig war.

Der Vertreter des Klägers hat zwar bei Stellung seines neuen Klagantrags nicht erklärt, daß er damit eine Anschlußberufung habe einlegen wollen. Er hat jedoch einen Antrag gestellt, der nicht lediglich eine sprachliche Änderung der Urteilsformel bezweckt, sondern einen sachlich von dem in der Vorinstanz verfolgten verschiedenen Anspruch verwirklichen soll. Einen solchen auf inzwischen eingetretener Veränderung beruhenden Anspruch konnte aber der Kläger nur im Wege der Anschlußberufung verfolgen (Gaupp-Stein I zu § 521 ZPO.), wie sie für solchen Zweck in ständiger Rechtsprechung für zulässig erklärt worden ist;

vgl. JW. 1902, 19⁵. 77⁷; 1907, 482¹⁹; 1912, 201²⁶; 1915, 461¹¹.

Die Rechtswirksamkeit der Anschlußberufung ist nicht von dem Gebrauch bestimmter Formeln abhängig; vielmehr genügt es, wenn der gestellte Antrag

die Absicht, eine Abänderung des Urteils über die von der Gegenpartei beantragten Grenzen hinaus herbeizuführen, erkennen läßt,

vgl. Gaupp-Stein Bem. 20 zu § 521 ZPO.; JW. 1915, 461[16],

was vorliegend zutrifft. Eine unrichtige Bezeichnung der Anträge durch die Partei kann ihre rechtliche Bedeutung nicht beeinträchtigen (vgl. auch Gaupp-Stein Vorbem. zu § 511 Bem 18).

Da hiernach der Antrag des Klägers als Anschlußberufung zu behandeln und so zulässig wie begründet ist, so war unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach dem Antrage des Klägers die Berufung zurückzuweisen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 25. Nov. 1915 in der Lüb. Sache R. (Kl.) w. B. Bf. II. 258/15. B.

---

74. Unzulässigkeit der Revision wegen Überschreitung der örtlichen Zuständigkeit, auch wenn die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts behauptet wird.

ZPO. § 549 Abs. 2.

Die Klägerin hatte durch Vertrag v. 24. April 1912 die Ausführung von Arbeiten für einen von der Beklagten in St. Petersburg errichteten Hotelneubau übernommen. In § 12 des Vertrags war bestimmt, daß etwaige Streitigkeiten zwischen den vertragschließenden Parteien der Zuständigkeit des Kommerzgerichts in St. Petersburg unterlägen. Als die Klägerin auf Grund dieses Vertrags auf Zahlung eines Teilbetrags von 5000 ℳ bei dem Landgericht Frankenthal als dem Gericht der Hauptniederlassung der Beklagten klagte, brachte die Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor, indem sie behauptete, daß der in § 12 des Vertrags vereinbarte Gerichtsstand ein ausschließlicher sei. — Die Einrede wurde in beiden Instanzen verworfen; die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Nach § 549 Abs. 2 ZPO. kann in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche die Revision nicht darauf gestützt werden, daß das Gericht seine örtliche Zuständigkeit mit Unrecht angenommen habe. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, da es sich um eine Streitigkeit über einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt und die Revision darauf gestützt wird, daß das Gericht seine örtliche Zuständigkeit mit Unrecht angenommen habe.

Die Revision sucht geltend zu machen, daß § 549 Abs. 2 ZPO. im vorliegenden Fall um deswillen nicht anwendbar sei, weil durch diese Vorschrift, wie auch in den Motiven des Gesetzes zum Ausdruck gebracht worden sei, das Reichsgericht nur von der Prüfung der Frage, welches von mehreren deutschen Gerichten zuständig sei, habe befreit werden sollen, während es sich im gegebenen Fall um die Frage handle, ob überhaupt ein deutsches Gericht zuständig sei. Eine solche Unterscheidung findet aber weder in dem völlig klaren Wortlaut des Gesetzes, noch in dem gesetzgeberischen Zweck des-

selben eine Grundlage, auch die Materialien des Gesetzes bieten dafür keinen Anhalt. Die Vorschrift ist durch das Gesetz v. 5. Juni 1905 dem § 549 ZPO. als zweiter Absatz beigefügt worden. Sie sollte gleich den übrigen Bestimmungen jenes Gesetzes der Entlastung des Reichsgerichts dienen. Im Entwurf des Gesetzes war sie noch nicht vorgesehen, sie ist vielmehr erst in der Kommissionsberatung in Vorschlag gebracht und in den Entwurf aufgenommen worden. Im Kommissionsbericht ist (S. 114) zu ihrer Begründung lediglich gesagt: „Der zweite Absatz soll noch in verstärktem Maße das Reichsgericht von Zuständigkeitsstreitigkeiten befreien". Etwas weiteres findet sich hierüber in den Gesetzesmaterialien überhaupt nicht. Auch sonst ist ein innerer Grund für eine Unterscheidung zwischen dem Fall, wo die örtliche Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts neben derjenigen eines deutschen Gerichts in Frage steht, und dem Fall, wo die Wahl zwischen deutschen Gerichten zu treffen ist, nicht vorhanden. Die Vorschrift kommt nur zur Anwendung, wenn das Gericht seine örtliche Zuständigkeit angenommen hat. Ihre Anwendbarkeit für den Fall, daß ein ausländisches Gericht neben dem inländischen Gerichte in Frage kam, zu verneinen und sie auf den Fall zu beschränken, daß nur zwischen deutschen Gerichten die Wahl zu treffen war, hieße mithin den ausländischen Gerichten vor den deutschen Gerichten einen Vorzug einzuräumen. Das kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 25. Juni 1915 in der bayer. Sache W. & Fr. (Bkl.) w. Th., V. & W. (OLG. Zweibrücken). VII. 110/15.

---

75. Die Revisionsbegründung muß die verletzte Rechtsnorm bezeichnen.
ZPO. § 554 Nr. 2 a.

Der klagende preußische Fiskus forderte von der verklagten Stadtgemeinde Ersatz der Kosten, die ihm in der Zeit vom 1. Okt. 1910 bis zum 31. März 1913 durch die Aufstellung der Rekrutierungsstammrolle und die Beorderung der Militärpflichtigen in Berlin entstanden waren; er stützte die Klage auf Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung. Das Landgericht wies die Klage ab und das Kammergericht wies die Berufung zurück. Der Kläger legte Revision ein mit dem Antrage, das Ber.-Urteil aufzuheben und unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils nach dem Klagantrage zu erkennen. — Die Verhandlung wurde auf die Frage der Zulässigkeit der Revision beschränkt und diese wurde verneint. Gründe:

„Der von dem als Rechtsanwalt beim Reichsgericht zugelassenen Prozeßbevollmächtigten des Klägers unterzeichnete Rev.-Begründungs-Schriftsatz lautet folgendermaßen:

Es wird Verletzung der materiellrechtlichen Normen gerügt, die in der Ber.-Begründung v. 15. Okt. 1914 angeführt sind. Die Rechtfertigung des Klaganspruchs ist in diesem Schriftsatz an der Hand der in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen in erschöpfender und zutreffender Weise dargelegt. Ich wiederhole zur Begründung der Revision die in dem bezeichneten Schriftsatz enthaltenen Ausführungen, die ausschließlich rechtlicher Natur sind.

Dieser Schriftsatz entspricht nicht der gesetzlichen Form, die im § 554 ZPO. für die Rev.-Begründung vorgeschrieben ist. Danach muß die Rev.-Begründung u. a. enthalten die Angabe der Rev.-Gründe, und zwar nach Abs. 3 Nr. 2a die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm; dies gilt auch für eine Revision, die, wie die hier vorliegende, auf Verletzung des materiellen Rechts gestützt wird (JW. 1907, 482; Gaupp-Stein ZPO. zu § 554 unter III. 2). Über die Art der Bezeichnung sind besondere gesetzliche Bestimmungen nicht getroffen; die Angabe von Gesetzesparagraphen kann daher nicht gefordert werden, selbst wenn es sich um die Verletzung geschriebenen Rechts handelt; es genügt vielmehr, wenn die verletzte Rechtsnorm ihrem Inhalt nach angegeben wird, ja es muß für ausreichend erachtet werden, wenn aus der Begründung erkennbar ist, welche Vorschrift gemeint ist. Darüber, wann dies der Fall ist, lassen sich allgemeine Grundsätze nicht aufstellen; die Frage kann vielmehr nur von Fall zu Fall entschieden werden (JW. 1910, 294; Urt. des 4. Zivilsen. des RG. v. 6. Mai 1915, IV. 673/14). In jener Beziehung hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts an das Erfordernis der Bezeichnung der Rechtsnorm nur geringe Anforderungen gestellt, aber daran festgehalten, daß aus der Rev.-Begründung erkennbar sein muß, welche Vorschrift von der Revision als verletzt angesehen wird; so auch in den von der Revision angeführten Sachen I. 139/14; II. 509/12; IV. 679/12; VII. 522/09. In dem Urteil des 4. Zivilsen. v. 6. Mai 1915, IV. 673/14, ist die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm in der im wesentlichen mit der Rev.-Begründung in dem jetzt zur Entscheidung stehenden Fall gleichlautenden Rev.-Begründung deshalb gefunden worden, weil diese noch den Satz enthielt: „Der Streit betrifft zurzeit nur die Entscheidung über die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs", und angenommen wurde, daß die darauf folgende Erklärung, es werde die Verletzung materieller Rechtsnormen gerügt, sich nur auf diejenigen Vorschriften beziehen könne, die für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs maßgebend seien; damit seien die Rechtsnormen, deren Verletzung den Gegenstand der Beschwerde bilden solle, hinreichend erkennbar gemacht. Daran fehlt es im vorliegenden Falle vollständig; die Rev.-Begründung läßt keineswegs erkennen, welche Vorschrift von der Revision als verletzt angesehen wird.

Nun wird allerdings in der Rev.-Begründung nicht bloß Verletzung der „materiellrechtlichen Normen" schlechthin, sondern Verletzung derjenigen materiellrechtlichen Normen gerügt, „die in der Berufungsbegründung angeführt sind", der Rev.-Kläger „wiederholt" zur Begründung der Revision die in diesem Schriftsatz enthaltenen Ausführungen, die ausschließlich rechtlicher Natur sind, und es unterliegt keinem Zweifel, daß der Inhalt dieser Ber.-Begründung durchaus genügen würde, wenn er in einem zum Zweck der Begründung der Revision eingereichten Schriftsatz stünde, da er sogar die in Betracht kommenden Gesetzesvorschriften, die nach Ansicht des damaligen Ber.-Klägers vom Landgericht verletzt worden sind, zum Teil wörtlich angibt.

Es fragt sich aber, ob die in der Rev.-Begründung enthaltene Bezugnahme auf die, wenn auch lediglich aus Rechtsausführungen bestehende Ber.-Begründung und die „Wiederholung“ dieser Ausführungen eine der Vorschrift im § 554 ZPO. genügende Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm enthält, eine Frage, deren Beantwortung das vorstehend angezogene Urteil IV. 673/14 deswegen dahingestellt gelassen hat, weil die Rev.-Begründung den Satz enthielt, daß der Streit nur die Entscheidung über die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs betreffe. Die Frage ist zu verneinen. In dem Urteil v. 26. Jan. 1907, II. 363/06 (abgedr. in JW. 1907, 181) hat der 2. Zivilsen. des Reichsgerichts ausgeführt:

> Die Erwägungen, die den Gesetzgeber zu den Vorschriften bestimmten, daß die Einlegung und die Begründung der Revision im Zivilprozesse dem Anwaltszwang der bei dem Reichsgericht zugelassenen Rechtsanwälte unterliegen, schließen aus, daß formlose — d. i. nicht vom Rechtsanwalt am Reichsgerichte unterzeichnete — Schriftstücke, die der vom Rechtsanwalt beim Reichsgericht unterzeichneten Schrift beigefügt sind, Berücksichtigung finden können, mögen sie als integrierende Bestandteile letzterer bezeichnet oder in letzterer auf andere Weise bezogen sein.

Diesen Ausführungen ist beizutreten. Die Rev.-Begründung muß verfaßt sein von einem beim Reichsgericht (in vor bayerischen Gerichten anhängigen Sachen während eines bestimmten Abschnitts des Verfahrens von einem bei einem bayer. Gericht) zugelassenen Rechtsanwalt. Dieser Schriftsatz muß nach § 554 ZPO. die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm enthalten; diese Vorschrift ist nur dann erfüllt, wenn aus der Rev.-Begründung selbst erkennbar ist, welche Rechtsnorm die Revision für verletzt hält; fehlt es daran, so ist der Schriftsatz ungenügend und es kann jenes Erfordernis nicht durch eine Bezugnahme und „Wiederholung“ von Ausführungen ersetzt werden, die in den Vorderurteilen, in Beilageakten, in — wenn auch vorgetragenen — Schriftsätzen der Vorinstanzen enthalten sind (Gaupp-Stein unter III. 2). Wenn die Revision meint, daß eine solche allgemeine Bezugnahme in der Rechtsprechung des Reichsgerichts jedenfalls bei Rügen von prozessualen Verstößen zugelassen werde, so ist das nicht zutreffend (Urt. des erkennenden Senats v. 29. April 1915, VI. 362/14). Wortlaut und Zweck der Vorschrift im § 554 ZPO. erfordern die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm und, soweit die Revision darauf gestützt wird, daß das Gesetz in bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Tatsachen, welche den Mangel ergeben, in der Rev.-Begründung selbst (vgl. auch Entsch. des RG. in Strafs. 29, 411). Es handelt sich um eine schlechthin bindende Formvorschrift, die erfüllt werden muß, auch wenn sie im Einzelfall — vgl. insbesondere den § 559 ZPO. — ohne Wert sein mag. Die vorliegende Rev.-Begründung läßt nun aus ihrem Inhalt in keiner Weise erkennen, welche Rechtsnormen die Revision als verletzt ansieht; sie ist daher nicht in der gesetzlichen Form erfolgt; die Revision war somit nach § 554a ZPO. als unzulässig zu verwerfen.“

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 30. Mai 1915 in der preuß. Sache Preuß. Fiskus (Kl.) w. Stadtgem. B. (KG. Berlin). VI. 630/14.

76. Haftung des Konk.-Verwalters aus der Veräußerung von Zubehör für die Konk.-Masse gegenüber ausgefallenen absonderungsberechtigten Gläubigern.

Vgl. 63 Nr. 194 m. N; 64 Nr. 162.
KO. §§ 47. 82; ZPO. § 865 Abs. 2; BGB. §§ 1121. 1122.

Der Beklagte hatte als Verwalter im Konkurse über das Vermögen eines Kalksteinwerks am 6. März 1913 die auf diesem Werke noch vorhandenen drei Pferde um 1015 *M* veräußert und den Erlös für Konk.-Zwecke verwendet. Der Kläger, der erster Hyp.-Gläubiger war, erlitt bei der Zw.-Versteigerung im Oktober 1913 einen den Betrag von 1000 *M* übersteigenden Ausfall; er verlangte nun vom Beklagten im Wege persönlichen Ersatzanspruchs 1000 *M* nebst 4% Prozeßzinsen, weil der Erlös aus dem Verkauf der Pferde, die Zubehörstücke des Werkes gewesen seien, nicht für Konk.-Zwecke hätten verwendet werden dürfen. — Der Klage wurde stattgegeben; die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Veräußerung von Zubehörstücken durch den Konk.-Verwalter und die Verwertung des Erlöses für Konk.-Zwecke steht materiell-rechtlich einer Pfändung gleich; denn eine Veräußerung durch den Konk.-Verwalter, wie hier, stellt keine Veräußerung in ordnungmäßiger Fortführung der bisherigen Bewirtschaftungsweise dar. Es kann dies eine für die ordnungmäßige Verwaltung der Konk.-Masse nützliche oder gar notwendige Maßregel sein, damit wird aber die Abführung an die Konk.-Masse nicht gerechtfertigt, die Konk.-Gläubiger dürfen nicht auf Kosten der Absonderungsberechtigten bereichert werden;
vgl. RGEntsch. 69, 85; (SeuffA. 64 Nr. 162); auch 42, 90.
Für Zubehörstücke hat aber das Gesetz in § 865 Abs. 2 ZPO. ein Pfändungsverbot aufgestellt. Ob der Konk.-Verwalter solche aus Gründen des öffentlichen Rechts bestehende Pfändungsverbote auch ohne besondere Geltendmachung seitens der durch eine Verletzung des Verbots Geschädigten zu beachten und einzuhalten habe (vgl. Jaeger KO. 3/4. Note 49 zu § 1), kann hier dahingestellt bleiben, denn im gegebenen Fall hat eine Geltendmachung seitens des absonderungsberechtigten Klägers stattgefunden. Es ist nämlich dem Konk.-Verwalter bereits am 14. März 1913, wie er selbst zugibt, eine Abschrift der Anmeldung des Klägers von seiner Ausfallsforderung zugegangen. Damit mußte er aber auf die Geltendmachung von Absonderungsrechten seitens des Klägers aufmerksam werden. Hierbei ist darauf hinzuweisen, daß für die Geltendmachung von Absonderungsrechten (§ 47 KO.) eine Frist oder Form nicht vorgeschrieben ist, daß solche zwar dem Konk.-Verwalter gegenüber an sich geltend zu machen sind, daß es aber genügen muß, wenn diesem in irgendeiner Form das Absonderungsrecht bekannt wird. Sobald dies geschieht, entsteht für ihn auch die Pflicht, das Recht zu beachten, um eine Haftung aus § 82 KO. hintanzuhalten (vgl. Jaeger Note 6 zu § 4 KO.). Hiegegen hat aber der Beklagte verstoßen; denn er hat, trotzdem ihm das Absonderungsrecht des

Klägers am 14. März 1913 bekannt geworden war oder wenigstens bekannt werden mußte, in der Folge angefangen, den Erlös aus dem Verkauf der Pferde, statt ihn für absonderungsberechtigte Personen bereit zu stellen, unmittelbar für Konk.-Zwecke zu verwenden, insbesondere zur Bezahlung von Lohnforderungen, wobei hier völlig dahingestellt bleiben kann, ob es sich dabei um die Bezahlung von Masseschulden oder wohl richtiger von Konk.-Forderungen gehandelt hat.

Der Einwand des Beklagten, die Zubehöreigenschaft der Pferde habe zur Zeit des Verkaufs nicht mehr bestanden, weil damals der Betrieb des Werkes bereits eingestellt gewesen sei, ist nicht begründet, weil ein Erlöschen der Zubehöreigenschaft nach Lage der Umstände nicht angenommen werden kann. Das Beweisangebot des Beklagten lautet selbst nur dahin, daß der Betrieb „im wesentlichen" eingestellt gewesen sei. Es wäre übrigens auch die Einstellung des Betriebs, besonders solange die Möglichkeit bestand, ihn zum Teil oder voll wieder aufzunehmen, garkein genügender Grund zum Erlöschen der Zubehöreigenschaft, am wenigsten gegenüber den Hyp.-Gläubigern im Hinblick auf die Vorschriften in §§ 1121 und 1122 BGB.

Wenn der Beklagte weiterhin einwendet, daß den Kläger eigenes Verschulden (§ 254 BGB.) treffe, weil er sich selbst nicht weiter um die Pferde gekümmert habe und insbesondere im Konk.-Termin v. 29. März 1913 Rechte auf den Erlös nicht geltend gemacht habe, so kommt in Betracht, daß es an sich nicht Pflicht des Hyp.-Gläubigers sein kann, entsprechende Maßregeln hinsichtlich der Zubehörstücke vorzukehren, am wenigsten, wenn das Konk.-Verfahren eröffnet und ein Rechtsanwalt als Konk.-Verwalter bestellt ist. Es bestand für den Kläger und dessen Anwalt aber auch im Termin v. 29. März 1913 weiter keine Veranlassung, den Konk.-Verwalter besonders darauf aufmerksam zu machen, was er hinsichtlich eines Erlöses aus Zubehörstücken zu tun habe; der Termin war der allgemeine Prüfungstermin, in welchem der Konk.-Verwalter den üblichen Bericht abgab; im übrigen durften der Kläger und sein Anwalt wohl annehmen, daß der Konk.-Verwalter selbst wissen werde, wie er sich zu verhalten habe, um spätere Haftungen zu vermeiden.

Bei der gegebenen Sachlage erweist sich daher die persönliche Inanspruchnahme des Beklagten auf der Grundlage des § 82 KO. im Einklang mit dem Landgericht als rechtlich begründet. Daß der Kläger als „Beteiligter" im Sinne jener Vorschrift zu gelten hat, bedarf um so weniger einer weiteren Begründung, als er, abgesehen von seinem Absonderungsrecht, auch seine ev. Ausfallsforderung zum Konk.-Verfahren angemeldet hatte und insoweit auch als Konk.-Gläubiger in Betracht kam.

Die Berufung des Beklagten war hiernach als unbegründet zurückzuweisen."

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 29. Nov. 1915 i. S. F. w. F. L. 149/15. F—z.

I. Bürgerliches Recht.

77. Nicht rechtsfähiger Verein; können einzelne Mitglieder für ihn klagen?

Vgl. 70 Nr. 26 m. N.; auch 71 Nr. 43 m. N.
BGB. §§ 54. 432. 709 ff.

Die Kläger sind Mitglieder der nicht eingetragenen Genossenschaftsmeierei W. Diese hat, da eine die Rechtspersönlichkeit begründende Eintragung in das Genossenschaftsregister fehlt, auch eine Verleihung der Rechtsfähigkeit (§ 22 BGB.) nicht erfolgt ist, selbständige Rechtspersönlichkeit nicht erlangt. Nach ihrer korporativen Verfassung und der satzunggemäßen Unabhängigkeit ihres Bestandes vom Wechsel ihrer Mitglieder stellt sie sich als ein nicht rechtsfähiger Verein dar, auf den die Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 709 ff.) gemäß § 54 BGB. Anwendung finden. Der nicht rechtsfähige Verein ist als solcher nicht klageberechtigt, da gemäß § 50 ZPO. nur Rechtspersonen klagen können. Klageberechtigt sind bei dem nicht rechtsfähigen Verein vielmehr nur die Träger des Vereinsvermögens. Dies sind die Mitglieder in ihrer Gesamtheit;

vgl. RGEntsch. 57, 92; 78, 106; Komm. von RGRäten Anm. 1 zu § 54 BGB.; Planck BGB³ Anm. 3 i zu § 54.

Im vorliegenden Fall klagt aber nicht die Gesamtheit der Vereinsmitglieder, da die Klage von einem Mitglied, dem Landmann W., nicht miterhoben worden ist. — — —

Demnach wird die Klageforderung nicht namens des nicht rechtsfähigen Vereins d. h. seiner sämtlichen Mitglieder geltend gemacht. Somit sind es nur einzelne Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins, welche hier einen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Anspruch erheben. Sie sind hierzu nur berechtigt, wenn auch einzelne Gesellschafter als solche Zahlung einer Gesellschaftsschuld zur Gesellschaftskasse verlangen können.

Das Reichsgericht hat in den Entsch. 70, 33 und 76, 280 ein solches Recht des Einzelgesellschafters anerkannt, und zwar unter Berufung auf § 432 BGB. Ob ein solches Recht auch bei nicht rechtsfähigen Vereinen anzuerkennen sei, hat das RG. in Entsch. 78, 106 dahingestellt sein lassen.

In einer neueren Entscheidung (Entsch. 86, 66 und SeuffA. 71 Nr. 43) hat es aber das Klagerecht des Einzelgesellschafters bei solchen Gesellschaften versagt, bei denen die Führung der Geschäfte der Gesellschaft gemäß § 710 BGB. einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen sei. Das Reichsgericht führt aus, daß bei solchen Gesellschaften kein Bedürfnis bestehe, durch die Heranziehung der Vorschrift des § 432 BGB. ein Gegengewicht gegen die grundsätzlich erforderliche Mitwirkung aller Gesellschafter (§ 709 Abs. 1) zu schaffen.

Im vorliegenden Fall ist im § 18 der Meiereisatzungen bestimmt, daß die Geschäfte der Gesellschaft, einschließlich der Prozeßführung, von dem aus drei Mitgliedern bestehenden Vorstande zu erledigen seien. Damit ist die Geschäftsführung der Gesellschaft gemäß § 710 Satz 1 BGB. geregelt, und es entfällt demgemäß auch nach der reichsgerichtlichen neueren Rechtsprechung das Klagerecht des Einzelgesellschafters nach § 432 BGB.

Das Ber.-Gericht ist aber mit der in der Rechtslehre vorherrschenden Ansicht (vgl. Planck Anm. 1; Oertmann Anm. 1d; Staudinger Anm. II zu § 432 BGB.) der Auffassung, daß der § 432 BGB. überhaupt in seiner Anwendbarkeit hinter die speziellen Rechtsnormen der §§ 709. 710. 711 BGB. zurücktreten muß. Diese letzteren Vorschriften regeln die Frage, wer die Geschäfte der Gesellschaft zu führen hat, vorbehaltlich abweichender Vertragsbestimmungen erschöpfend und abschließend. Da zu der Geschäftsführung auch die Geltendmachung der Gesellschaftsansprüche gehört, ist auch über die Art dieser Geltendmachung in den §§ 709ff. Bestimmung getroffen, und die hier für das Gesellschaftsrecht getroffene besondere Regelung muß der allgemeinen Bestimmung des § 432 vorgehen und ist allein maßgebend. Es würde namentlich bei nicht rechtsfähigen Vereinen mit großer Mitgliederzahl auch praktisch zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, wenn der Schuldner des nicht rechtsfähigen Vereins nicht nur von dem vertretungsberechtigten Vorstande namens der Vereinigung, sondern auch von beliebigen Einzelmitgliedern belangt werden könnte.

Demnach ist ein Klagerecht eines oder mehrerer Einzelgesellschafter nicht anzuerkennen, nur die Gesamtheit der Mitglieder kann klagen.

Das Klagerecht des Einzelgesellschafters kann auch nicht durch den Hinweis darauf begründet werden, daß drei von den klagenden vier Mitgliedern zugleich Vorstandsmitglieder, also geschäftsführende Gesellschafter sind. Denn diese Geschäftsführungsbefugnis gibt keine eigenen materiellen Klagerechte, sondern gemäß § 714 BGB. nur die Befugnis, die Gesellschafter zu vertreten. Die Frage der Geschäftsführung hat also mit der Frage, wer berechtigt ist, als Partei den Anspruch zu erheben, nichts zu tun. Die Vorstandsmitglieder haben hier nicht kraft ihrer Vertretungsmacht für sämtliche Mitglieder, sondern nur für einzelne Mitglieder, nur für einen Teil der Mitglieder geklagt. Ein Teil der Mitglieder ist aber nicht legitimiert, den der Gesellschaft zu-

stehenden Anspruch zu erheben, da ein solches Individualrecht, wie ausgeführt, nicht besteht.

Es hätte also für das Meiereimitglied W. mitgeklagt werden müssen, und dies hätte geschehen können, auch wenn W. sich an der Klage nicht beteiligen wollte, da die Mitglieder der Meiereigenossenschaft, solange sie Mitglieder sind und der Satzung unterworfen sind, auch deren § 18 gegen sich gelten lassen müssen, wonach der Vorstand eine nur im Wege des § 20 (durch Generalversammlungsbeschluß) entziehbare Vollmacht zur Vertretung der Gesamtheit der Gesellschaft hat.

Aus diesem Grunde war die Abweisung der Klage gerechtfertigt.

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 15. Juni 1915. B. u. Gen. w. D. U II. 249/14. Schlesw.-Holst. Anz. 1915, 197.

---

78. Eigentumsverhältnisse an unterirdischen Gasleitungen und elektrischen Kabeln.

Vgl. 71 Nr. 2 m. N.

BGB. §§ 93 ff.

Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstück dergestalt verbunden, daß sie dessen wesentlicher Bestandteil wird, so erstreckt sich nach § 946 BGB. das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache. Daran kann auch durch vertragliche Abmachung mit dem Grundstückseigentümer nichts geändert werden. Ein Eigentumsvorbehalt an der verbundenen Sache zugunsten ihres früheren Eigentümers würde nach der weitaus herrschenden Ansicht unwirksam sein und höchstens obligatorische Rechte erzeugen, die aber schon dem Sonderrechtsnachfolger gegenüber versagen würden (RG. in JW. 1902, 262[34]; RGEntsch. 63, 421, in SeuffA. 62 Nr. 129; Entsch. 73, 335). Wenn also die Vorschrift des § 946 auf die Gasleitungen und Stromzuführungskabel Anwendung fänden, so würden diese regelmäßig in keinem einheitlichen Eigentum stehen, sondern streckenweise ebensovielen verschiedenen Eigentümern gehören, wie sie fremde Grundstücke unterirdisch durchschneiden. Ein derartiges Ergebnis wäre aber für das wirtschaftliche Leben unerträglich. Rechtsprechung und Wissenschaft stehen deshalb auch mit überwiegender Mehrheit auf dem allein brauchbaren Standpunkte, daß die Leitung in der Regel dem Eigentümer oder Inhaber des Werkes gehöre, dessen Erzeugnisse sie vermittelt, und sie weichen nur darin voneinander ab, auf welchem Wege man zu dieser Rechtsansicht gelangen kann.

Die meisten dieser Konstruktionsversuche gehen aus von den gesetzlichen Ausnahmen des § 946. Als solche kommen nur drei in Betracht, nämlich 1. § 912, 2. § 95 Abs 1 Satz 1 und 3. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Ob der § 912 wirklich eine Ausnahme von der Regel des § 946 gewähre, ist allerdings nicht ganz unstreitig. Früher ist das vom Reichsgericht und auch sonst verneint (RG. in JW. 1911, 366; vgl. RGEntsch. 70, 207; auch OLG.

München in SeuffA. 67 Nr. 204). Aber dieser Standpunkt ist auf Widerspruch gestoßen (z. B. Mannherz in JW. 1912, 491; OLG. Düsseldorf in Löbes Z. 9, 41; OLG. Dresden in JW. 1912, 1037) und dann auch vom Reichsgericht insoweit wieder verlassen, als anerkannt ist, daß der Überbau nicht in das Eigentum des Nachbarn falle, wenn dieser zu seiner Duldung verpflichtet sei (RGEntsch. 83, 147; vgl. auch schon 72, 272). Aber wenn man dem auch beistimmen muß, so würde doch eine Übertragung der Rechtssätze vom Überbau auf solche Leitungen, die oft kilometerweit durch zahllose fremde Grundstücke gehen, ausgeschlossen sein. Das verbietet nicht nur der Sprachgebrauch, der den Ausdruck Überbau nicht bei solchen Leitungen anwenden würde, sondern auch der offensichtliche Zweck der betreffenden Gesetzesbestimmung über das Nachbarrecht. Überbauten und die hier in Rede stehenden unterirdischen Leitungen sind auch so wesensverschieden, daß eine entsprechende Anwendung des § 912 BGB. auf sie ebenfalls den größten Bedenken begegnen würde.

Was ferner den § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. betrifft, so schließt er von den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks solche Sachen aus, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit ihm verbunden sind. Vorübergehend im Sinne dieser Vorschrift ist nun zwar der Zweck einer Sache nicht bloß dann, wenn ihm seiner Natur nach eine zeitliche Begrenzung innewohnt, mag auch das Ende erst nach Jahren oder gar Jahrzehnten eintreten. Und diese Begrenzung wird namentlich bei solchen Anlagen ohne weiteres angenommen, die auf Grund eines — wenn auch lange dauernden — Miet- oder Pachtverhältnisses errichtet werden (vgl. RG. in Entsch. 55, 284; 59, 20; 61, 188; 63, 421 und SeuffA. 62 Nr. 129; RG. in JW. 1912, 129; Warneyer 1913, 38). Allein bezüglich der unterirdischen Kabel- und Gasleitungen wird man wohl regelmäßig nicht von einer Pacht oder Miete, sondern vielmehr von einer unentgeltlichen Gebrauchs- oder Platzleihe gegenüber den Grundeigentümern sprechen müssen. Eine Beendigung ist dann aber, sofern nicht ein Ausnahmefall des § 605 BGB. eintritt, nach § 604 ausgeschlossen, solange der Zweck der Leitungen fortdauert. Da aber deren Zweck in der Regel von vornherein nicht begrenzt zu sein pflegt, so kann man bei ihnen, ohne den Worten Gewalt anzutun, auch nicht von einem nur vorübergehenden Zweck sprechen. Wollte man das aber doch tun, so würde aus dieser Konstruktion eine andre Schwierigkeit erwachsen, welche sie für den vorliegenden Fall praktisch ungeeignet macht. Bei jeder Sonderrechtsnachfolge über das Grundstück würde nämlich das Vertragsverhältnis aufhören, wenn es nicht etwa ausdrücklich oder wenigstens durch schlüssige Handlungen erneuert würde. Das kann man aber namentlich in den zahlreichen Fällen nicht annehmen, in denen dem Grundstückserwerber das Vorhandensein der unterirdischen Leitungen ganz unbekannt bleibt. In allen diesen Fällen würde deshalb mit dem Eintritt der Sonderrechtsnachfolge die Ausnahme des § 95

Abs. 1 Satz 1 BGB. fortfallen und deshalb die Regel des § 946 Platz greifen. Man würde also auch bei dieser Konstruktion Leitungen haben, die streckenweise in verschiedenem Eigentum ständen und dieses Eigentumsverhältnis auch fortwährend wechselten.

Die Ausnahme des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. schließlich greift dann platz, wenn ein Werk in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist. Nun ist zwar vielfach, besonders im Schrifttum, die Ansicht vertreten, daß hier unter Recht auch ein obligatorisches Recht zu verstehen sei;

Staudinger BGB.[8] § 95 Bem. 3 c; Rehbein S. 84; Endemann BR.[9] § 52 Bem. 27; Cosack[4] 2, 272; Crome 1, 87; Dernburg BR. 3 § 5 II 4 b; Gierke Sachenr., 46; ebenso OLG. Stuttgart in SeuffA. 64, 111.

Allein diese Rechtsmeinung steht mit dem Sprachgebrauch des Bürgerl. Gesetzbuchs unvereinbar im Widerspruch. Letzteres versteht überall und daher auch hier unter Recht an einem Grundstück nur ein dingliches Recht. Die weitergehende Auslegung wird deshalb auch von namhaften Schriftstellern und vom Reichsgericht verworfen;

RG. in JW. 1904, 336; OLG. Rostock im Recht 1910, 2774; Komm. v. RGRäten[2] § 95 Bem. 5; Planck BGB.[3] § 95 Bem. 4; Oertmann Allg. T.[2] § 95; Maenner Sachenr.[2] S. 12 Bem. 22; Turnau-Förster Liegenschaftsr.[3] § 95 Bem. 2 a. E.; Güthe GBO.[4] § 3 Bem. 8; Predari GBO., 15; Strohal in JheringsJ. 38, 36; Tobias im ArchZivPrax. 94, 403.

Danach kann die Ausnahme des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausschließlich auf Grund eines dinglichen Rechts begründet werden. Ein solches entsteht aber gemäß § 873 BGB. nur noch durch Eintragung im Grundbuch und, soweit es sich um Straßen oder andre Grundstücke des Staates, der Gemeinde oder sonstiger Eigentümer handelt, deren Grundstücke nach § 1 der braunschw. VO. zur GBO. nicht eingetragen sind, durch gerichtliche oder notarielle Verlautbarung der Einigung (§ 51 braunschw. AusfG. z. BGB.). An einer solchen Begründung eines dinglichen Rechts wird es aber fast regelmäßig fehlen. Nur bezüglich der schon vor 1900 angelegten Leitungen könnte man auch ohne Grundbucheintragung nach Art. 184 EinfG. z. BGB. im Fall der Erweislichkeit einer Ersitzung (vgl. BraunschwZ. 61, 59) zur Annahme eines dinglichen Rechts gelangen.

Müßte man also mit der vielfach vertretenen Ansicht (vgl. Staudinger § 94 Bem. 3a; Planck § 94 Bem. 2d; Komm. v. RGRäten § 94 Bem. 1; Oertmann Allg. T. § 94 Bem. 3a u. a.) die in Rede stehenden Leitungen als mit dem Grund und Boden fest verbundene Sachen i. S. des § 94 BGB. ansehen, so wäre die Folgerung unabweislich, daß sie auch als wesentliche Bestandteile der verschiedenen von ihnen durchschnittenen Grundstücke zu gelten hätten und daher den Eigentümern des betreffenden Elektrizitätswerks oder der Gasanstalt nur in den seltenen Fällen gehören könnten, in denen die Anlagen nur vorübergehende im gekennzeichneten Sinne sind oder

auf einem dinglichen Recht beruhen (so in der Tat Komm. v. RGRäten[2] § 94 Bem. 1a; Planck a. a. O. u. a.).

Dieses unerfreuliche Ergebnis hat der 5. Zivilsen. des Reichsgerichts schon in einer älteren Entscheidung dadurch zu beseitigen gesucht, daß er die Leitung als wesentlichen Bestandteil und damit als Eigentum der Zentrale angesehen hat. Das Urteil in Entsch. 48, 267 sagt darüber: ‚Darauf, ob die Verbindung in senkrechter oder in wagerechter Richtung stattgefunden hat, kommt ebensowenig etwas an wie darauf, ob die Sache sich innerhalb des Bereichs des Grundstücks, zu dem sie gehört oder mehr oder minder räumlich davon entfernt auf oder unter fremdem Grund und Boden befindet, sofern nur im letzteren Falle trotz der Entfernung der ununterbrochene räumliche Zusammenhang zwischen Grundstück und Sache gewahrt bleibt'. Die gleiche Ansicht, der sich in der Folge Theorie und Praxis mehrfach angeschlossen haben, ist dann vom Reichsgericht durch verschiedene Senate später wiederholt;

Entsch. 61, 192 (5. ZS.); 67, 233 (6. ZS.); JW. 1906, 554[24] (5. ZS.); OLG. Stuttgart im Recht 1906, 46; Oberneck GBO.[4] § 51; Rehbein BGB. S. 89; vgl. Staudinger § 94 Bem. 3a Abs. 1 a. E.

Allein ihr steht entgegen, daß man darnach zu einer doppelten Bestandteilsbeziehung der Leitungen kommen könnte, nämlich einmal zu der gegenüber der Zentrale und dann zu der gegenüber den fremden Grundstücken. Und es ist nicht einzusehen, warum die eine Beziehung die andre überwiegen sollte, zumal da die Verbindung mit dem Grund und Boden regelmäßig viel fester und jedenfalls viel unmittelbarer sein wird, als die durch die Leitung vermittelte und vielleicht sehr weit entfernte. Außerdem würde der vom Reichsgericht betonte ununterbrochene Zusammenhang bei jedem Zerreißen oder jedem künstlichen Zerschneiden der Leitung aufhören und damit die Frage entstehen, ob die Eigentumsverhältnisse trotzdem die gleichen bleiben könnten. Schließlich würde in den Fällen, in denen Elektrizitätswerk oder Gasanstalt auf einem Pachtgrundstück betrieben würden, das Leitungsnetz nach dieser Auffassung nicht in das Eigentum des Unternehmers oder Inhabers des Werkes, sondern in das des Verpächters fallen.

Zu einem praktisch befriedigenden Ergebnisse führt deshalb diese Ansicht nicht, die denn auch bereits in neueren Entscheidungen einem abweichenden Standpunkte gewichen ist (RG. 7. ZS. in Entsch. 83, 147; 5. ZS. in Warneyer Rechtspr. 1914, 143). Den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens in allen Beziehungen gerecht wird einzig und allein der Standpunkt, daß das Leitungsnetz durch die Einsenkung in das Erdreich seine juristische Selbständigkeit überhaupt nicht verliert und folgeweise an seinen Eigentumsverhältnissen auch keine Veränderung erleidet. Dieser Standpunkt läßt sich auch ungezwungen aus dem geltenden Rechte begründen.

Auszugehen ist dabei ebenfalls von der Vorschrift des § 946 BGB., die das sog. Akzessionsprinzip nur für diejenigen Sachen aufstellt, die wesent-

liche Bestandteile eines Grundstücks werden. Es gilt aber nicht für gewöhnliche Bestandteile (Biermann Sachenr.[2] § 946 Bem. 1 Abs. 2; Enneccerus Sachenr.[2] § 721) oder für sog. scheinbare Bestandteile eines Grundstücks (Meyer Rechtl. Natur der nur scheinb. Bestandteile eines Grundstücks 1903 S. 5ff.). Demgemäß gibt schon das in Entsch. 61, 24 veröffentlichte Urteil des 2. ZS. des RG., welches die Gasröhren in den Ortsstraßen als deren gewöhnliche Bestandteile oder mindestens als Zubehör ansieht, dem Gedanken einer juristischen Selbständigkeit jener Anlagen Raum. Man muß aber noch einen Schritt weiter gehen. Denn es würde ganz verfehlt sein, anzunehmen, daß jede Sache, die von dem Erdreich eines Grundstücks fest bedeckt und dadurch mit ihm verbunden ist, ohne weiteres dessen Bestandteil wird. Eine derartige an dem Wortlaut der §§ 93. 94 BGB. haftende Auslegung würde ihrem Sinn und Zweck nicht gerecht. So würde beispielsweise kaum jemand bei einem silbernen Löffel, der mit der Müllabfuhr in den Erdboden eines fremden Grundstücks geraten und mit diesem fest verbunden ist, die Folgerung ziehen, daß das Eigentum an diesem Löffel nun auch mit dem Eigentum des Grundstücks verbunden wäre. Die Eigentumsverhältnisse würden vielmehr zunächst ganz unverändert bleiben und nur nach den Grundsätzen über den Fund oder vielleicht auch des Schatzes eine spätere Veränderung erfahren. Es handelt sich dabei nur scheinbar um eine Ausnahme von § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB. Denn auch diese Vorschrift hat immer zur Voraussetzung, daß es sich bei der betreffenden Sache um einen Bestandteil handelt. Was Bestandteile sind, sagt das BGB. nicht, das bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach der Verkehrsauffassung;

Oertmann Allg. T. § 93 Bem. 4 b; Oertmann Verkehrssitte, 453; Planck[4] § 94 Bem. 2 d γ; Siecke DJZ. 1908, 946; RGEntsch. 67, 33 und SeuffA. 63 Nr. 239.

Dabei kommt es nicht, wie bezüglich des § 97, darauf an, daß sich eine ganz positive Verkehrsauffassung über die Bestandteilseigenschaft einer bestimmten Sache oder Sachenart gebildet hat, sondern nur darauf, ob ein jeder verständige Beurteiler die miteinander verbundenen Sachen im gegebenen Fall als eine einzige Sache ansehen würde oder nicht (RG. in JW. 1912, 128ff.). Darnach aber kann man unbedenklich sagen, daß die bloß mechanische Verbindung einer Sache mit einem Grundstück, dessen Zwecken zu dienen sie garnicht bestimmt ist, im allgemeinen nicht dazu führen wird, diese Sachen zu Bestandteilen des Grundstücks zu rechnen. Besonders aber wird die Verkehrsauffassung eine derartige Bestandteilseigenschaft der Leitungsstrecken in bezug auf die verschiedenen Grundstücke, die von ihnen durchschnitten werden, verneinen (vgl. auch Staudinger § 94 Bem. 3a Abs. 1 a. E.). Ähnliche oder gleiche Gesichtspunkte für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse an solchen Leitungen sind auch neuerdings mehrfach betont;

RGEntsch. 83, 147; Warneyer 1914, 143; OLG. Kiel in ZDR. 1912, 20; OLG. Stuttgart in Recht 1914, 1954 ff.; Tobias im ArchZivPrax. 94, 407; Zencke Gaslieferungsvertr. 1908, 2; Donner in BayZ. 1905, 166.

Die Gas- und Wasserleitungsrohre, sowie die Stromzuleitungskabel erleiden

also durch Einsenkung in fremde Grundstücke an ihren Eigentumsverhältnissen an sich keine Veränderung."

Plenarbericht des OLG. zu Braunschweig v. 9. Februar 1915. A. H.

---

79. Unzulässigkeit der Pfändung treuhändig abgetretener Forderungen; Widerspruchsklage des neuen Gläubigers.

Vgl. 65 Nr. 109; 69 Nr. 260 m. N.
BGB. § 398; ZPO. § 771.

Der Kauffrau L. war ihr ganzes Warenlager abgebrannt. Ihre Ansprüche gegen zwei Feuerversicherungsgesellschaften trat sie dem klagenden Kreditverein ab, der damals etwa 5700 ℳ zu fordern hatte, damit er zuerst sein Geld bekomme und dann die übrigen Gläubiger bezahle. Die Abtretung wurde den Gesellschaften angezeigt. Da ihnen aber Pfändungen der Brandentschädigungsgelder von andern Gläubigern der L. zugestellt wurden, hinterlegten sie den von ihnen geschuldeten Betrag von 9300 ℳ. Der Kreditverein erhob nun Widerspruchsklage gegen die pfändenden Gläubiger. — Das Landgericht erklärte die Klage für den die Forderung des Kreditvereins in Höhe von 5700 ℳ übersteigenden Betrag für unzulässig. In der Ber.-Instanz wurde die Klage in vollem Umfange zugesprochen. Aus den Gründen:

„— — — Ob Frau L. ihre Ansprüche auf diese Gelder dem Kreditverein zu eigenem Recht abgetreten hat oder ob ganz oder teilweise eine vielleicht widerrufliche fiduziarische oder Inkassoabtretung vorliegt, derart, daß die Einziehung aller oder der die Forderung des Kreditvereins übersteigenden Beträge lediglich im Interesse und für Rechnung der L. erfolgen sollte (vgl. RGEntsch. 53, 417), kann nach Lage des Falles dahingestellt bleiben. Im ersten Fall wäre die Klage ohne weiteres zuzusprechen. Aber auch im andern Fall wäre die Widerspruchsklage berechtigt. Zwar würde in diesem letzteren Fall die Forderung formell auf den Kreditverein übergegangen sein, in Wirklichkeit aber doch, soweit es sich um ein Treuhandverhältnis handelte, wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil der L. geblieben sein, der als solcher dem Zugriff der Gläubiger des Kreditvereins entzogen wäre (RGEntsch. 45, 80, SeuffA. 55 Nr. 191; 79, 121). Daraus kann aber doch nicht gefolgert werden, daß die Gläubiger der L. sich, wie es geschehen ist, ohne weiteres an die Forderung halten und sie in den Händen der Versicherungsgesellschaften pfänden könnten. Ebenso wie die Gläubiger des Kreditvereins nicht mehr Rechte geltend machen können als er selbst hat, können auch die Gläubiger der L. größere Rechte nicht in Anspruch nehmen als dieser selbst zustehen. Nachdem aber die Forderung von ihr an den Kreditverein abgetreten und die Abtretung den Versicherungsgesellschaften angezeigt worden ist, ist dieser nach außen, im Verhältnis zum Schuldner, der alleinige Forderungsinhaber.

Nur er kann die Forderung vom Schuldner beitreiben, und nur an ihn kann der Schuldner wirksam bezahlen. Die L. mag berechtigt sein, ihren Auftrag zur Einziehung und Verwendung des Geldes zu widerrufen und dadurch einen Anspruch auf Rückübertragung der Forderung erlangen oder nicht, solange sie von diesem ihrem Rechte keinen Gebrauch macht, ist sie zur Einziehung der Forderung nicht berechtigt. Daraus folgt ohne weiteres, daß auch ihre Gläubiger nur ihre Rechte gegen den Kreditverein geltend machen können, nicht aber zur Pfändung der der L. garnicht mehr zustehenden Forderung gegen die Versicherungsgesellschaften berechtigt sind.

Diese Lösung ist nicht nur theoretisch die einzig mögliche, sondern entspricht auch den Verkehrsbedürfnissen, indem sie dem Schuldner der Forderung, dem die Abtretung bekannt geworden ist, den erforderlichen Schutz angedeihen läßt, da er nicht wissen kann, welches Verhältnis zwischen altem und neuem Gläubiger besteht und ihm eine weitere Prüfung in dieser Richtung nicht zugemutet werden kann, nachdem ihm der bisherige Gläubiger die Abtretung angezeigt hat (§ 409 BGB.);

a. M. OLG. Braunschweig in SeuffA. 65 Nr. 109; Riedinger JW. 1913, 1161 ff.

Ist dies richtig, so muß folgerichtig auch angenommen werden, daß dem Kreditverein ein die Veräußerung hinderndes Recht an der Forderung zusteht. Solange die L. den Auftrag nicht widerrufen und ihre Ansprüche auf Rückübertragung nicht geltend gemacht hat, ist sie auch zu einer anderweitigen Veräußerung der Forderung nicht befugt und ist der Kreditverein berechtigt, einer solchen zu widersprechen. Er ist daher auch zur Erhebung der Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO. den pfändenden Gläubigern gegenüber berechtigt und die bewirkten Pfändungen sind ihm gegenüber unzulässig. — — —"

Urteil des OLG. zu **Colmar** (4. Sen.) v. 21. Dez. 1915. Kreditverein w. M. & Gen. — IV. U. 101/14. L—ch.

---

80. Der § 410 Abs. 1 BGB. gibt dem Schuldner nur eine Einrede.

Vgl. 11 Nr. 136.
BGB. § 410; ZPO. § 94.

In 1. Instanz handelte es sich darum, ob der Beklagte auf Grund eines Schuldscheins v. 1. Septbr. 1912 dem Kläger einen am 1. Septbr. 1914 fällig gewesenen Darlehnsteil zu 1000 ℳ schuldete. Der Beklagte hatte im wesentlichen eingewendet, der Kläger habe diese an sich bestehende Forderung an das Bankhaus H. abgetreten. Der Kläger gab dies zu, entgegnete jedoch, die Forderung sei ihm im Winter 1913/1914 zurückübertragen worden. Das Landgericht, das annahm, daß die Rückübertragung erfolgt und dem Beklagten schon vor Erhebung der Klage mitgeteilt worden sei, verurteilte den Beklagten kostenfällig zur Zahlung von 1000 ℳ nebst 4% Zinsen seit dem 1. Septbr. 1914. Einige Tage nach Verkündung des Urteils zahlte Beklagter

an den Kläger die eingeklagte Summe nebst den Zinsen. In der Ber.-Instanz machte er aber geltend, er sei zwar verpflichtet, den eingeklagten Hauptposten an den Kläger zu bezahlen, habe diese Verpflichtung auch erfüllt, dagegen verwahre er sich gegen die Zahlung von Zinsen und Prozeßkosten. Er berufe sich auf § 410 BGB.; die Urkunde über die Rückübertragung der Forderung sei ihm erst nach Beendigung der 1. Instanz vorgelegt worden; die Zurückweisung der Mahnung des Klägers und überhaupt die Ausübung der in § 410 BGB. bezeichneten Rechte sei dadurch unverzüglich erfolgt, daß er die Klageberechtigung des Klägers bestritten habe. Bei der Zahlung von Hauptstuhl und Zinsen habe er sich alle seine Rechte vorbehalten. — Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Aus den Gründen:

„Da der Beklagte die Hauptforderung zu 1000 ℳ und die geschuldeten Verzugszinsen nach Erlassung des angefochtenen Urteils an den Kläger bezahlt hat, handelt es sich nur noch um die Kosten des Prozesses. Diese könnten den Beklagten allerdings nicht treffen, wenn er sich mit Recht auf § 410 BGB. berufen könnte (§ 94 ZPO.). Dies ist aber nicht der Fall. Der § 410 Abs. 1 gibt dem Schuldner nur die Befugnis, seine Leistung an den neuen Gläubiger von der Aushändigung der Abtretungsurkunde abhängig zu machen; eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Auf die Einrede aus § 410 Abs. 1 BGB. hat sich aber der Beklagte während der ganzen 1. Instanz niemals berufen, vielmehr das ganze klägerische Vorbringen bestritten und gleichzeitig Abtretung der Forderung an H. behauptet. Die daraufhin erfolgte klägerische Behauptung der Rückübertragung hat Beklagter ebenfalls bestritten und Abweisung der Klage beantragt. Hierin kann nur das Bestreiten des klägerischen Anspruchs überhaupt, nicht aber, wie der Beklagte will, die Geltendmachung der aufschiebenden Einrede des § 410 Abs. 1 BGB. gefunden werden. So gut der Beklagte in 2. Instanz diese Einrede deutlich vorbrachte, wäre er auch in 1. Instanz hierzu in der Lage gewesen. In diesem Falle hätten ihn allerdings die Prozeßkosten nicht treffen können (Gaupp-Stein Note II 2 u. 3 zu § 94 ZPO.). Allein das Bestreiten des Beklagten hatte seinen Grund lediglich darin, daß er, obwohl er die Rückübertragung an den Kläger kannte, darauf ausging, dessen Befriedigung hinauszuschieben. Er hat auch nach Erlassung des landgerichtlichen Urteils die Hauptsumme und die Zinsen bezahlt ohne sein Recht aus § 410 Abs. 1 BGB. geltend zu machen. Selbst wenn er bei der Zahlung erklärt hätte, er behalte sich seine Rechte vor, wäre aus dieser allgemeinen Erklärung im vorliegenden Fall immer noch nicht zu ersehen, daß er sein Recht aus § 410 BGB. hätte geltend machen wollen und geltend gemacht habe. Es kommt daher auf den Vorbehalt nicht an. — — —"

Urteil des OLG. München (3. Sen.) v. 28. Dez. 1915. B. w. H. L. 315/15. F—z.

81. Einschränkungen in der Benutzung einer Mietwohnung in einem Badeort durch den Krieg berechtigen weder zur Kürzung des Preises noch zur fristlosen Kündigung.

Vgl. 70 Nr. 210 m. N., 209. 214.
BGB. §§ 537. 542.

Der Beklagte hatte für die Zeit vom 11. Juli bis 11. Oktober 1914 die erste Etage einer am Ostseestrande belegenen Villa in Travemünde zu einem Mietzins von 1400 *M* gemietet. Er war bereits am 13. August 1914 aus der Wohnung wieder ausgezogen und wollte an der Miete 450 *M* kürzen. Gegen die Einklagung dieses Betrages machte er geltend, er sei zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen, weil ihm der vertragmäßige Gebrauch der Mietwohnung entzogen sei. Nach Kriegsausbruch habe nämlich die Militärbehörde den Bewohnern der Strandvillen verboten, in den nach der Seeseite belegenen Zimmern Licht zu brennen, ohne die Fenster in geeigneter Weise zu verdunkeln. Das sei für jeden Kurgast eine unerträgliche Zumutung gewesen, für ihn aber besonders, da er gewohnt und beruflich genötigt gewesen sei, abends zu komponieren, solche Arbeit aber bei geschlossenen Fenstern an warmen Abenden geradezu gesundheitsschädlich sei. Mindestens aber sei eine Minderung des Mietzinses schon deshalb gerechtfertigt, weil durch den Ausbruch des Krieges die meisten Annehmlichkeiten des Badelebens, die ihn gerade zum Mieten einer so teuren Wohnung bewogen hätten, weggefallen seien. — Das Landgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 350 *M* und wies dessen Widerklage auf Rückzahlung von 450 *M* ab. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht ist der Ansicht, daß der durch den Krieg herbeigeführte Wegfall der Annehmlichkeiten des Travemünder Badelebens — hier abgesehen von der Beschränkung in der Beleuchtung der Wohnungen — weder den Mietvertrag ohne weiteres aufhebt, noch den Mieter zur fristlosen Kündigung oder zu einer Minderung des Mietzinses berechtigt. Zwar wird bei der Mietung einer Sommerwohnung in einem Badeorte der Mieter regelmäßig von der Erwartung ausgehen, daß während der Mietzeit der Badeverkehr mit seinen Annehmlichkeiten in gewohnter Weise stattfindet, und der Vermieter wird sich bewußt sein, daß diese Erwartung für den Mieter mitbestimmend zum Vertragschluß ist. Trotzdem kann in Ermangelung ausdrücklicher Abmachung weder angenommen werden, daß der Vermieter auf Grund des Mietvertrages für das Fortbestehen des Badeverkehrs einzustehen hat, noch ist das Fortbestehen der Annehmlichkeiten des Badeverkehrs als Bedingung für die Fortdauer des Mietvertrages anzusehen. Die Gefahr einer unerwartet eintretenden Beendigung oder Einschränkung des Badelebens, die außer im Fall eines Krieges auch durch andre Umstände, z. B. Ausbruch einer ansteckenden Krankheit, Landestrauer, herbeigeführt werden kann, trifft an sich den

Mieter; ihr Eintritt ändert an dem Bestande des Mietvertrages nichts. Auch bei einer in einem Badeort gelegenen Wohnung gehört zu dem vom Vermieter der Wohnung vertragmäßig zu gewährenden Gebrauch nicht die Möglichkeit, von der Wohnung aus an einem Badeverkehr, wie er sonst regelmäßig an dem Orte herrscht, teilzunehmen. Deshalb wird auch durch das Aufhören oder die Einschränkung des Badelebens der vertragmäßige Gebrauch der Wohnung dem Mieter nicht entzogen oder behindert. Anderseits kann auch in einem Badeort der Badeverkehr nicht als Eigenschaft der in dem Orte belegenen Wohnungen, und der Fortfall oder die Einschränkung dieses Verkehrs nicht als Fehler der Wohnung, der die Tauglichkeit zu dem vertragmäßigen Gebrauch hindere, angesehen werden. Der Fall liegt insoweit nicht anders, als wenn jemand mit Rücksicht auf die Erziehung seiner Kinder eine Wohnung in einer Gymnasial- oder Universitätsstadt oder mit Rücksicht auf die an einem Fürstensitz gebotenen Annehmlichkeiten in einer Residenzstadt gemietet hat, und später das Gymnasium, die Universität oder die Hofhaltung verlegt wird.

Ebensowenig berechtigt das beim Kriegsausbruch von der Militärbehörde erlassene Verbot, in den nach der Seeseite belegenen Zimmern abends Licht zu brennen, ohne die Fenster in geeigneter Weise zu verdunkeln, zu einer fristlosen Kündigung oder zu einer Minderung des Mietzinses. Als ein Fehler der Mietsache kann die durch das Verbot den Bewohnern auferlegte Beschränkung überhaupt nicht angesehen werden. Allerdings sind als Fehler der Mietsache i. S. des § 537 BGB. nicht nur körperliche Mängel der Sache selbst, sondern auch solche Verhältnisse anzusehen, welche die Mietsache in ihrer Tauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen (Mittelstein Miete[3], 216). Auch behördliche Verbote, welche auf Grund von Baupolizei- und Wohnungspflegegesetzen die Benutzung der gemieteten Räume oder einzelner Teile allgemein oder für bestimmte Zwecke untersagen, sind hierher zu rechnen (Mittelstein a. a. O. Note 9). Bei dem hier in Frage stehenden Verbot aber handelt es sich nicht um Verhältnisse, die unmittelbar die Mietsache in ihrer Tauglichkeit betreffen; das Verbot richtet sich vielmehr unmittelbar an die Bewohner, indem es ihnen aus Gründen des allgemeinen Wohls und der Sicherheit ein bestimmtes Verhalten in der Wohnung vorschreibt. Der Fall liegt ähnlich wie bei den an einzelnen Orten im Interesse der öffentlichen Ruhe erlassenen polizeilichen Verboten, zu bestimmten Stunden oder nach öffentlichen Straßen und Plätzen hin Teppiche und Decken auszuklopfen, oder zu bestimmten Stunden bei geöffneten Fenstern zu musizieren, oder bei den im Interesse der Sicherheit oder der Sonntagsheiligung erlassenen obrigkeitlichen Anordnungen, nach denen die Haustüren von einer bestimmten Stunde ab verschlossen zu halten oder während der Zeit des Hauptgottesdienstes die Läden zu schließen und die Schaufenster zu verhängen sind. Demnach ist eine Minderung des Mietzinses nach § 537 BGB. nicht gerechtfertigt.

Aber auch das Recht der fristlosen Kündigung ist nicht gegeben. Der Mieter kann die Räume nach wie vor als Wohnung benutzen. Er kann sie auch, wie das zur Benutzung in den Abend- und Nachtstunden nach zeitgemäßer Anschauung erforderlich ist, beleuchten und lüften. Er ist nur — in dem zu Kriegszeiten gegebenen Interesse der Erschwerung feindlicher Angriffe — gehalten, wenn er Licht brennt, die Fenster derart abzublenden, daß kein Lichtschein nach außen fällt. Das ist möglich, auch ohne die erforderliche Lüftung ganz abzustellen. In der Auflage der Militärbehörde ist deshalb eine auch nur teilweise Entziehung des vertragmäßigen Gebrauchs der Wohnung nicht zu erblicken. Es mag darauf hingewiesen werden, daß an manchen Orten sich das Brennen von Licht an Sommerabenden bei geöffneten Fenstern auch aus andern Gründen, mit Rücksicht auf das Eindringen von Mücken, Moskitos u. dgl. in die bewohnten Räume verbietet, ohne daß diese Beeinträchtigung als Entziehung des vertragmäßigen Gebrauchs der Wohnung empfunden wird. Anderseits sei darauf hingewiesen, daß auch die nach dem Reichsgesetz v. 25. Juni 1868 den Inhabern quartierfähiger Räume auferlegte Einquartierung als teilweise Entziehung des vertragmäßigen Gebrauchs nicht betrachtet wird (Mittelstein, 281). Jedenfalls aber würde, selbst wenn man die durch das Verbot den Bewohnern auferlegte Beschränkung als Hinderung des vertragmäßigen Gebrauchs der Mietwohnung ansehen wollte, diese Beeinträchtigung — auch bei Berücksichtigung des Umstandes, daß es sich im vorliegenden Falle um eine teure, deshalb besondere Annehmlichkeiten versprechende Wohnung in einem Badeort handelt — nur als so unerheblich betrachtet werden können, daß auch das angebliche Bedürfnis des Beklagten, abends und nachts bei geöffneten Fenstern zu komponieren, die fristlose Kündigung nach § 542 Abs. 2 BGB. nicht rechtfertigen könnte. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) in der Lüb. Sache B. (Bkl.) w. Tr. Klubh.-Ges. Bf. II. 108/15. B.

---

82. Haftung aus einer Zeichnung zur Deckung der Kosten einer Ausstellung; Unzulässigkeit der Einrede, daß der Fehlbetrag vom Unternehmer verschuldet sei.

Vgl. oben Nr. 39 m. N.

BGB. § 765.

Der Beklagte verneint, daß der vom Kläger errechnete Fehlbetrag tatsächlich bestehe. Aus dem jedoch, was er zur Begründung vorbringt, ergibt sich, daß er nicht das Entstehen eines Fehlbetrags, sondern nur die Befugnis des Klägers in Abrede stellt, die Garantieübernehmer auf Grund dieses Fehlbetrags in Anspruch zu nehmen, weil dieser durch geschäftliche Maßnahmen des Klägers herbeigeführt worden sei, für deren Folgen er nicht einzustehen habe. Hiermit kann er nicht gehört werden. Denn er hat sich nicht ausbe-

bungen, daß er nur den durch bestimmte, dem Ergebnisse des Ausstellungsunternehmens abträgliche Ereignisse eingetretenen Mißerfolg auszugleichen habe, und muß deshalb für den Mißerfolg des Ausstellungsunternehmens einstehen, gleichviel aus welcher Ursache er entstanden ist;

vgl. Stammler im ArchZivPrax. 69, 135. 136; Enneccerus B.R.[2] 1, 765 Nr. 5 und 7.

Das Risiko des großen Unternehmens des Klägers hat also auch nicht teilweise der dazu unfähige Unternehmer, sondern lediglich der Garantieübernehmer zu tragen, dessen Verpflichtung durch die Höhe der Garantiesumme, nicht aber durch irgendwelche Unterscheidung der Ursachen des entstandenen Ausfalls begrenzt wird. Das trifft auch zu, soweit der Beklagte behauptet, daß die von ihm gerügten geschäftlichen Maßnahmen — und in deren Folge der Ausfall — auf schuldhaft fehlerhafter Geschäftsführung der Ausstellungsleitung beruhten.

Ein Einwand dieser Art wird allerdings dem Garantieübernehmer mehrfach, zum Teil mit dem Hinweise auf § 254 Abs. 1 BGB. zugestanden,

so von Stammler a. a. O., 137; Enneccerus a. a. O. 765 Nr. 7; Oertmann Schuldverh.[4] zu § 676 Anm. 2 d δ,

jedoch mit Unrecht. Denn, was der Beklagte dem Kläger zu leisten versprochen hat, ist ein Teil der Mittel, deren der Kläger bedarf, damit seine Gläubiger keine Vermögenseinbuße erleiden. Die Verpflichtung des Beklagten bezweckt also nicht die Ausgleichung eines Vermögensschadens, den sich der Kläger zugezogen hat, sondern die Vermehrung seines Vermögens bis zu dem Betrage, den es erreichen muß, um Dritte vor Schaden zu bewahren; nicht der Kläger trägt ein Risiko, sondern der Beklagte. Der § 254 BGB. schlägt deshalb nicht ein. Die Einwendung des Beklagten kann auch nicht auf §§ 276. 278 BGB. gestützt werden. Wenn auch diese Vorschriften bei allen Schuldverhältnissen einschlagen und deshalb angenommen werden könnte, daß der Kläger dem Beklagten für Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter hafte, so würde doch für den Beklagten daraus nur eine Schadenersatzforderung begründet sein, die er aufrechnungweise geltend zu machen hätte, und das ist nicht geschehen. — — —

Urteil des OLG. Dresden (5. Sen.) v. 6. Dez. 1915. M. (Kl.) w. Jba. 5 O. 94/15. Ch.

---

83. Versicherungswert eines teilweise abgebrannten Gebäudes, dessen Aufbau baupolizeilich verhindert wird; Vertragsauslegung.

Vgl. 59 Nr. 227 m. N.
VersVertrG. §§ 82 ff.; BGB. § 157.

Der Kläger hatte am 3. Dez. 1909 sein in M. am Markt gelegenes Haus mit Nebengebäude bei der verklagten Versich.-Gesellschaft gegen Brandschaden zum Wert von 22500 ℳ versichert. Am 10. Juni 1912 erlitt er einen Brandschaden, die Beschädigung der Gebäude beschränkte sich aber im wesentlichen

auf das Dach und das Dachgeschoß; die zur Beseitigung der Schäden aufzuwendenden Kosten wurden von den bestellten Gutachtern auf 2350 ℳ abgeschätzt. Durch Verfügung v. 30. Juli 1912 versagte indes der Bürgermeister von M. auf Grund des § 20 BaupolO. für die Stadt M. v. 15. Juli 1908 die Wiederherstellung der Gebäude in dem früheren Zustande. Da das gegen diese Verfügung durchgeführte Beschwerdeverfahren ohne Erfolg blieb, verlangte der Kläger mit der Behauptung, daß das nach dem Brande verbliebene Restgebäude für den infolge der Verfügung notwendig gewordenen Neubau wertlos sei, Zahlung der vollen Versicherungssumme. Diesem Verlangen widersprach die Beklagte, indem sie geltend machte, daß sie nach den Versicherungsbedingungen nur für den 2350 ℳ betragenden eigentlichen Brandschaden hafte, nicht aber für den Schaden, der dem Kläger durch das polizeiliche Bauverbot entstehe. — Beide Vorinstanzen wiesen die Klage ab; das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Streitig unter den Parteien ist, ob die Verpflichtung der verklagten Versich.-Gesellschaft lediglich dahin geht, dem Kläger diejenigen Kosten zu ersetzen, die aufzuwenden sind, um das durch den Brand beschädigte Gebäude in dem früheren Zustande wiederherzustellen, oder ob die Beklagte den Wert des Gebäudes abzüglich des Materialwerts der stehengebliebenen Gebäudeteile deshalb ersetzen muß, weil dem Kläger die Wiederherstellung des Dachgeschosses infolge Versagung der polizeilichen Bauerlaubnis unmöglich geworden ist. Beide Vorinstanzen haben eine Haftung der Beklagten nur in dem ersten Umfange angenommen. Nach den allgemeinen Versich.-Bedingungen, insbesondere nach dem Inhalt der §§ 1 und 9, haben sie als Vertragswillen festgestellt, daß die Versicherung nur gewährt werde für den durch den Brand selbst sowie durch Löschen, Niederreißen und Ausräumen an den versicherten Gegenständen hervorgerufenen Schaden, nicht aber für einen Schaden, der erst durch eine aus Anlaß des Brandes erlassene polizeiliche Anordnung herbeigeführt sei, und daß es für die nach § 9 zu berücksichtigende Verwendbarkeit stehen gebliebener Gebäudeteile lediglich auf deren technische Verwendbarkeit, nicht aber darauf ankomme, ob die an sich vorliegende Verwendbarkeit etwa im einzelnen Fall aus baupolizeilichen Gründen ausgeschlossen sei. Diese Feststellung des Vertragsinhalts wird von der Revision als gegen § 157 BGB. verstoßend angegriffen, sie ist deshalb nach feststehender Rechtsprechung vom Reichsgericht auch auf ihre tatsächliche Richtigkeit nachzuprüfen. Die Nachprüfung ergibt aber ihre Unhaltbarkeit.

Zunächst kann dem Ber.-Richter darin nicht beigetreten werden, daß die Versich.-Bedingungen so klar gefaßt seien, daß jeder Zweifel über das von den Parteien wirklich Gewollte ausgeschlossen wäre. Mag auch aus der Bestimmung des § 1 Abs. 1 zunächst entnommen werden können, daß die Versich.-Gesellschaft außer für den eigentlichen Brandschaden nur für denjenigen als mittelbare Folge des Brandereignisses eingetretenen Schaden

aufkommen will, der durch Löschen, Niederreißen und Ausräumen eintritt, so rechtfertigt doch die Bestimmung des § 9 — — — die Annahme, daß dem Versicherten der Unterschied der Werte des versicherten Gegenstandes vor und nach dem Brande als Betrag seines Schadens gewährt werden soll, — — —. In dieser Bestimmung des § 9 fehlt jeder Hinweis darauf, daß die Verwendbarkeit der stehengebliebenen Gebäudeteile zur Wiederherstellung des früheren Zustandes lediglich nach theoretischen, bautechnischen Grundsätzen beurteilt werden soll und nicht vielmehr darnach, ob denn der Versicherte nach den maßgebenden gesetzlichen oder baupolizeilichen Vorschriften überhaupt in der Lage ist, die stehengebliebenen Gebäudeteile tatsächlich zur Wiederfertigstellung des Gebäudes benutzen zu können. Für den Versich.-Nehmer, der sich durch die Versicherung gegen den durch einen Brand ihm etwa erwachsenden Schaden sichern will, ist die als mittelbare Folge des Brandes eintretende Entwertung des versicherten Gebäudes ganz die gleiche, ob der Verwendung der stehengebliebenen Gebäudeteile zur Wiederherstellung des früher bestandenen technische oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen. In beiden Fällen ergibt sich für ihn als unvermeidliche Folge des Brandes, daß er durch Ausbessern und Ergänzen der abgebrannten Teile das Gebäude nicht wiederherstellen kann. Wie der erkennende Senat bereits in einem Urt. v. 27. Mai 1910 (VII. 464/09) ausgesprochen hat, kann auch eine auf Grund des objektiven Rechts erlassene polizeiliche Anordnung nicht als eine besondere Schadensursache neben dem Brand angesehen werden. Da nun überdies jeder Anspruch auf Ersatz des durch ein bestimmtes Ereignis eingetretenen Schadens grundsätzlich allen in ursächlichem Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis stehenden Schaden umfaßt, wäre es Sache der Versich.-Gesellschaft gewesen, falls die bloße technische Verwendbarkeit für die Festsetzung der Entschädigung ausschlaggebend sein sollte, diesen ihren Willen unzweideutig in den Versich.-Bedingungen zum Ausdruck zu bringen. Diese Bedingungen sind von ihr aufgestellt und sie muß deshalb sich gefallen lassen, daß die vorliegende Unklarheit gegen sie und zugunsten der Versich.-Nehmer ausgelegt wird (vgl. Urt. des erkennenden Senats v. 11. Nov. 1904, DJZ. 10, 71). — — —

Ist aber hiernach beim Mangel einer unzweideutigen Bestimmung, daß als Verwendbarkeit i. S. des § 9 die nach technischen Grundsätzen theoretisch mögliche Verwendbarkeit zu gelten habe, davon auszugehen, daß es für die Verwendbarkeit der stehengebliebenen Gebäudeteile darauf ankommt, ob die Verwendung zur Wiederherstellung des durch den Brand beschädigten Gebäudes nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen wirklich durchführbar ist, so läßt sich die Unbegründetheit des noch zur Entscheidung stehenden Klaganspruchs auch nicht, wie der Ber.-Richter annimmt, daraus herleiten, daß die Bauerlaubnis zu Unrecht versagt sei, weil weder ein Umnoch ein Ausbau in Frage stehe. Die Entscheidung der Frage, ob die Bau-

erlaubnis auf Grund der BaupolO. v. 15. Juli 1908 mit Recht versagt worden sei, war in dem durch das Landesverwaltungsgesetz vorgeschriebenen Verfahren herbeizuführen. Da nun vorliegend die die Bauerlaubnis versagende polizeiliche Verfügung trotz Durchführung des Beschwerdeverfahrens von allen Instanzen aufrechterhalten ist, so ist für den Kläger als eine unvermeidliche Folge die Unmöglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes durch bloße Wiedererrichtung des zerstörten Dachgeschosses gegeben. Von dieser Sachlage hatte das Ber.-Gericht bei seiner Beurteilung auszugehen ohne in eine Nachprüfung der Frage einzutreten, ob die Verwaltungsbehörden mit Recht einen Um- oder Ausbau als in Betracht kommend angenommen haben.

Nach alledem unterliegt das Ber.-Urteil der Aufhebung. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 14. Mai 1915. H. (Kl.) w. Versich.-Ges. Th. (OLG. Cöln). VII. 73/15.

---

84. Feuerversicherung; Auslegung der Vertragsbestimmung, daß als Versicherungswert der Anschaffungswert gelten solle.

Vgl. 41 Nr. 56 m. N.
VersVertrG. §§ 86. 52.

Die Akt.-Gesellschaft D. & J. in H. hatte die gesamten Bestände ihrer Fabrik an Maschinen, Geräten, Werkzeugen, sonstigem Mobiliar und Materialien auf die Zeit vom 31. Dezember 1912 bis 31. Dezember 1913 für 700000 *M* bei den verklagten Versich.-Gesellschaften gegen Feuersgefahr versichert. Im Jahre 1913 wurde über das Vermögen der Firma das Konk.-Verfahren eröffnet. Nach der Konk.-Eröffnung, am 29. Mai 1913, brach auf dem Fabrikgrundstück ein Feuer aus, bei dem ein Teil der versicherten Gegenstände zerstört oder beschädigt wurde. Gemäß § 14 der allg. Versich.-Bedingungen fand ein Abschätzungsverfahren statt, bei dem von den Sachverständigen der entstandene Schaden auf 31341 *M* ermittelt wurde, jedoch mit dem Hinzufügen, es sei nicht darauf Rücksicht genommen, daß die Versich.-Nehmerin sich zur Zeit des Brandes im Konkurse befunden habe, der wahre Wert der zerstörten Gegenstände unmittelbar vor dem Brande würde nur mit 50% des in der Taxe ermittelten Werts in Anrechnung zu bringen sein. Die Beklagten zahlten nur 50% der erwähnten Schadenssumme an die Konk.-Masse aus, wurden aber auf Klage des Konk.-Verwalters zur Zahlung der ganzen Summe verurteilt. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Im § 13 der allg. Versich.-Bedingungen der Beklagten ist zunächst der das Versicherungsrecht im allgemeinen beherrschende Grundsatz zum Ausdruck gebracht, daß die Versicherung nicht zu einer Bereicherung führen soll. Im Anschluß daran ist weiter bestimmt, daß der Versicherer, auch wenn die Versicherungssumme höher ist, als der Versicherungswert zur

Zeit des Eintritts des Versicherungsfalls, nicht verpflichtet ist, mehr als den Betrag des Schadens zu ersetzen, gegen welchen Versicherung gewährt ist, und zwar unter Zugrundelegung des Werts der Sache zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalls. Im Abs. 2 des § 13 findet sich dann die hier einschlagende Bestimmung, wonach als Versicherungswert — also als Wert zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalls — bei Haushalts- und sonstigen Gebrauchsgegenständen, bei Arbeitsgerätschaften und Maschinen derjenige Betrag gilt, welcher erforderlich ist, um Sachen gleicher Art anzuschaffen, unter billiger Berücksichtigung des aus dem Unterschiede zwischen alt und neu sich ergebenden Minderwerts. Der Sinn dieser zuletzt erwähnten Bestimmung ist völlig klar und unzweideutig; zum Unterschiede von anderen unter die Versicherung fallenden Gegenständen soll bei Haushalts- und sonstigen Gebrauchsgegenständen, Arbeitsgerätschaften und Maschinen nicht der Betrag des Schadens unter Zugrundelegung ihres Werts, sondern der Anschaffungswert von Sachen gleicher Art unter billiger Berücksichtigung des aus dem Unterschiede zwischen alt und neu sich ergebenden Minderwerts als der Versicherungswert gelten. Es liegt mithin für diesen besonderen Kreis von versicherten Gegenständen eine ausdrückliche Vereinbarung über die Höhe des im Schadensfalle zu leistenden Ersatzes vor. Dieser Vereinbarung gegenüber kann nicht im einzelnen Falle dem Versicherer das Recht zugestanden werden, sich darauf zu berufen, daß der Versicherte nach seinen besonderen Verhältnissen nicht in der Lage und willens gewesen wäre, die betreffenden Gegenstände, wäre der Schadensfall nicht eingetreten, noch weiterhin zu behalten und zu gebrauchen, sondern daß er sie zu billigen Preisen loszuschlagen genötigt gewesen sein würde, und daß er durch Zahlung des Anschaffungspreises für Ersatzstücke deshalb in eine günstigere Vermögenslage kommen, also bereichert werden würde. Vielmehr nötigt der klare Wortlaut des § 13 der Bedingungen zu der Annahme, daß durch die erwähnte Vertragsbestimmung bezüglich der in Betracht kommenden Gegenstände eine erschöpfende positive Vereinbarung über den für sie zu leistenden Ersatz hat getroffen werden sollen und daß dabei, soweit nötig, dem allgemeinen Grundsatz, daß die Versicherung nicht zu einer Bereicherung führen soll, bereits Rechnung getragen ist, daß mithin die Anwendung der erwähnten Bestimmung im einzelnen Falle nicht noch von einer besonderen Nachprüfung abhängig gemacht werden darf, ob etwa der Versicherte nach seinen besonderen Verhältnissen durch den Empfang der ihm zu leistenden Entschädigungssumme in eine günstigere Vermögenslage kommen würde, als in der er sich bei Nichteintritt des Versicherungsfalls befunden hätte.

Auch der wörtlich mit § 13 Abs. 2 Satz 1 der allg. Versich.-Bedingungen der Beklagten übereinstimmende § 86 VersVertrG. läßt eine solche die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigende Anwendung nicht zu. Zugrunde liegt der Bestimmung die Erwägung, daß Gegenstände der fraglichen Art

durch den Gebrauch schnell an Wert zu verlieren pflegen und daß sie in der Regel unentbehrlich sind und im Verlustfall deshalb der Regel nach durch Neuanschaffungen ersetzt werden müssen, daß mithin durch den bloßen Ersatz ihres Wertes (VersVertrG. § 52) eine volle Ausgleichung des in Wirklichkeit entstandenen Schadens regelmäßig nicht eintreten würde. Die Bestimmung lautet aber ganz allgemein und ist in keiner Weise abhängig davon gemacht, ob im einzelnen Fall jene Erwägungen, aus denen sie hervorgegangen ist, tatsächlich zutreffen, es ist deshalb auch nicht zulässig, hiervon ihre Anwendung im einzelnen Fall abhängig zu machen. Dasselbe gilt auch von § 13 Abs. 2 der Versich.-Bedingungen. Wollten die Beklagten diese Bestimmung in dem von ihnen derselben jetzt beigelegten Sinne verstanden wissen, so hätten sie dies durch eine andre Fassung zum Ausdruck bringen müssen. In der vorliegenden Fassung läßt die Bestimmung die von den Beklagten jetzt vertretene Auslegung nicht zu.

Hiernach kann bei der Abschätzung des Schadens auf den Umstand, daß sich die Akt.-Gesellschaft D. & J. zur Zeit der Entstehung des Schadensfalles im Konkurse befand, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Es folgt daraus nicht einmal, daß, wie die Beklagten behauptet haben, von einer Anschaffung von Ersatzstücken für die durch den Brand zerstörten Gegenstände keine Rede habe sein können. — — — Hiervon aber auch abgesehen, so ist entscheidend die Erwägung, daß die besondere Lage, in der sich die Versicherte infolge der Konk.-Eröffnung befand, und die Tatsache, daß der Schadensfall sich nach Eröffnung des Konkurses ereignet hat, nach den vorstehenden Ausführungen bei der Feststellung der Entschädigung überhaupt außer Betracht zu bleiben hat.

Die Revision war hiernach zurückzuweisen."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 7. Mai 1915. A. u. Gen. (Bkl.) w. D. & G. Konk. (OLG. Hamburg). VII. 34/15.

---

85. Verjährungsfrist, wenn die Verjährung unter dem Gewerbe-Unfallversich.-Gesetze begonnen und unter der Reichs-Versicherungs-Ordnung vollendet wurde.

RVersO. § 907; EinfG. dazu Art. 6; GewUVG. § 138; EinfG. z. BGB. Art. 169.

Am 29. Nov. 1912 erlitt der versicherungspflichtige Arbeiter A einen Unfall. Erst nach 3/4 Jahren zeigte es sich, daß der Unfall für ihn Nachteile zur Folge hatte. Am 10. Dez. 1913 erließ die Berufsgenossenschaft Bescheid dahin, daß A eine Unfallrente zu beanspruchen habe; der Bescheid wurde ihm am 14. Dez. 1913 zugestellt. Die Rente wurde am 3. Febr. 1915 wieder eingezogen. Die Genossenschaft verlangte mit der am 12. Jan. 1915 zugestellten Klage vom Unternehmer Ersatz ihrer Aufwendungen. Das Landgericht wies

die Klage wegen Verjährung ab. Die Berufung der Klägerin wurde aus folgenden Erwägungen zurückgewiesen:

„— — — Der fragliche Unfall trug sich während der Geltungsdauer des GewerbeUnfVersichGes. v. 30. Juni 1900 zu. Darnach verjährt der Ersatzanspruch der Berufsgenossenschaft in einem Fall, wie hier, wo kein Strafgerichtsurteil ergangen und die Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung nicht angerufen worden ist (GewUVG. §§ 136. 137 Abs. 2), nach § 138 in zwei Jahren nach dem Unfall. Er wäre also nach altem Recht schon mit dem Ablauf des 29. November 1914 verjährt.

Nun ist aber während dieser Frist, nämlich (nach Art. 1 EinfG. z. RVersO. mit Art. 3 Kaiserl. VO. v. 5. Juli 1912 (RGBl. 429) am 1. Jan. 1913 das einschlägige 3. Buch der Reichs-Versich.-Ordnung in Kraft getreten, das die Vorschrift über die Verjährung derartiger Ersatzansprüche geändert hat. Da es nach dem alten Recht mehrfach vorgekommen war, daß Berufsgenossenschaften ihrer Ersatzansprüche dadurch verlustig gingen, daß sie ohne ihr Verschulden die zweijährige Frist nicht einhalten konnten, weil sie selbst vom Unfallschaden zu spät unterrichtet wurden oder weil die rechtskräftige Festsetzung der Entschädigung wegen des zeitraubenden Verfahrens zu spät erging, das Mittel der Feststellungsklage (nach § 256 ZPO.) aber unter Umständen versagte, ging das neue Gesetz bei der Regelung der Verjährungsfrage davon aus, daß für das Bestehen und den Umfang des Ersatzanspruchs erst die rechtskräftige Festsetzung der Entschädigung die Grundlage bieten solle. Das neue Gesetz läßt deshalb die Verjährung erst vom Zeitpunkte dieser Festsetzung an laufen, bemißt dafür aber die Frist kürzer als das alte Gesetz (vgl. Gugel RVersO.. § 907 Anm. 2). Darnach tritt nun die Verjährung der von der Berufsgenossenschaft nach § 903 gegen Unternehmer, deren Bevollmächtigte und gegen Betriebs- und Arbeiteraufseher zu stellenden Ersatzansprüche, wenn wie hier kein strafgerichtliches Urteil erforderlich und die Verjährung nicht durch Anrufung der Genossenschaftsversammlung unterbrochen ist, in einem Jahre nach der ersten rechtskräftigen Feststellung der Entschädigungspflicht der Genossenschaft ein (§ 907). Nach neuem Recht wäre sohin die Verjährung, da der die Entschädigungspflicht der Berufsgenossenschaft nach § 1583 feststellende Bescheid v. 10. Dez. 1913 dem Verletzten am 14. Dez. 1913 zugestellt worden, also, da hiegegen kein Einspruch erhoben wurde, nach § 1591 einen Monat später, d. i. mit dem Ablauf des 14. Jan. 1914 rechtskräftig geworden ist, erst mit dem Ablauf des 14. Jan. 1915 vollendet gewesen (§ 125).

Nun fragt es sich, welche Bedeutung dem Umstande zukommt, daß die Verjährung schon unter dem alten Recht begonnen hat und erst während der Geltungsdauer des neuen Rechts abgelaufen ist. Ist nämlich das neue Recht anzuwenden, so ist der Anspruch noch nicht verjährt, da die Klage am 12. Jan. 1915, zwei Tage vor dem Ablauf der nach neuem Recht berechneten Frist,

zugestellt worden ist. Das EinfGesetz stellt für die Übergangszeit im Art. 6 Abs. 1 den Grundsatz auf, daß auch für solche Fristen, deren Lauf schon während der Geltungsdauer des alten Gesetzes begonnen hat, beim Inkrafttreten der RVersOrdnung aber noch nicht vollendet ist, die Vorschriften der RVers.-Ordnung gelten, macht aber hievon in den folgenden Absätzen Ausnahmen. Im 3. Absatze schließt es zunächst die Auslegung aus, daß solche Fristen etwa (wie dies unter Umständen nach dem Art. 169 EinfG. z. BGB. der Fall ist) mit dem Inkrafttreten der RVersOrdnung von neuem zu laufen beginnen, indem es verfügt, daß sich der Beginn der Fristen immer „nach dem alten Rechte" bestimmt. Und auch für das Ende der Frist nimmt es sich nicht das EinfG. z. Bürgerl. Gesetzbuch zum Vorbild, etwa für eine Vorschrift des Inhalts, daß die Frist gelten solle, die früher oder später „abläuft", sondern es verordnet im 2. Abs. des Art. 6, daß sich die Frist nach dem alten Recht bestimmt, „wenn sie darnach länger ist als nach der RVersOrdnung". Es werden nicht zwei Fristen (die des alten und die des neuen Rechts) zu Einer verschmolzen, sondern es greift nur eine Frist von einer im voraus im Gesetze bestimmten Dauer Platz, nämlich die, die länger ist; und auch dann, wenn die kürzere Frist später ablaufen würde als die längere, kommt nur die längere zur Anwendung. Hiernach hätte das Gesetz, was die Verjährung von Ersatzforderungen angeht, einfach bestimmen können, daß sich diese immer nach dem alten Rechte richtet; allein von einer solchen besonderen Vorschrift wurde abgesehen, da durch den Art. 6 nicht nur für die Verjährungs- sondern für alle Arten von Fristen, auch für die Rechtsmittelfristen, eine allgemeine Regelung getroffen werden sollte.

Die Verjährung des hier strittigen Anspruchs begann sohin (gemäß Abs. 3) nach dem alten Rechte mit dem Tage des Unfalls am 29. Nov. 1912 zu laufen, und da die Frist nach dem alten Recht länger ist als nach dem neuen, nämlich zwei Jahre (statt eines Jahres), so ist sie (gemäß Abs. 2) nach dem alten Recht zu berechnen, und darnach war die Verjährung mit dem 29. Nov. 1914 vollendet.

Das Landgericht hat deshalb auf die vom Beklagten vorgeschützte Einrede hin den Klaganspruch mit Recht abgewiesen. — — —"

Urteil des OLG. Bamberg (1. Sen.) v. 8. Jan. 1916. Bayer. Baugewerk-Genoss. w. S. L. 125/15. Chr.

---

86. Vergiftung von Bienen durch Gase einer Fabrik. Grenzen des Gegenbeweises gegen die Übertretung eines Schutzgesetzes*.

*Vgl. 52 Nr. 18 m. N.; 70 Nr. 105 S. 184.

BGB. §§ 823 Abs. 2, 903.

Der Kläger, der in B. wohnt und Bienenzucht treibt, behauptete, daß ihm von 1899 bis einschließlich 1912 in jedem Jahre Bienenvölker an Vergiftung eingegangen seien durch arsenikhaltige Dämpfe aus der Blei- und

Silberhütte der verklagten Akt.-Gesellschaft in B. Durch den Tod der Bienen sowie infolge des mangelnden Honigertrags und der Minderbefruchtung seines Obstes sei ihm ein Schaden von insgesamt 23674 ℳ entstanden, wovon er 20000 ℳ einklagte. Die Beklagte, deren Hüttenbetrieb staatlich genehmigt ist, bestritt den Anspruch nach Grund und Höhe, insbesondere die Tötung von Bienen des Klägers durch giftige Gase ihres Hüttenwerkes. Sie erhob eine Feststellungs-Widerklage, über die noch nicht entschieden ist. Das Landgericht erklärte den Klaganspruch, soweit Schadenersatz für das Eingehen von 4 Bienenstöcken im Jahre 1912 begehrt war, dem Grunde nach für gerechtfertigt und wies im übrigen die Klage ab. Beide Teile legten Berufung ein; die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen, während auf die Berufung der Beklagten die Klage in vollem Umfange abgewiesen wurde. Das Reichsgericht hob das Ber.-Urteil auf und verwies die Sache in die Ber.-Instanz zurück. Aus den Gründen:

„Es ist davon auszugehen, daß die den Bienen den Tod bringende Einatmung arsenhaltiger, von der Hütte der Beklagten ausgehender Gase erfolgt sein kann auf dem Grundstück der Beklagten, oder auf dem des Klägers oder auch irgendwo anders. Da nach Lage der Sache dem Kläger der Nachweis kaum gelingen kann, wo die verderbliche Einatmung erfolgt ist, so kann er nur obsiegen, wenn die Schadenersatzpflicht unabhängig von der Örtlichkeit des Einatmens besteht. Mit Recht erfordert das Ber.-Gericht den Nachweis einer widerrechtlichen und schuldhaften Eigentumsverletzung, und zwar, soweit es sich um Schaden aus dem Jahre 1899 handelt, nach gemeinem Rechte wie auch, für die spätere Zeit, nach dem Rechte des Bürgerl. Gesetzbuchs. — — —

Nun hatte der Kläger behauptet, daß der Beklagten die ihr verliehene Konzession zur besonderen Pflicht mache, das Entweichen giftiger Gase aus den Schornsteinen zu verhindern, wogegen die Beklagte behauptet, daß sie sich bei ihrem Betriebe im Rahmen der ihr erteilten Konzession halte, das zeitweilige gelegentliche Entweichen giftiger Dämpfe aber zum Hüttenbetrieb gehöre; die die Konzession betreffende Behauptung des Klägers sei in ihrer Allgemeinheit unrichtig. — — — Die in der Genehmigungsurkunde getroffene Anordnung, soweit und wenn sie eine Bestimmung wie die vom Kläger behauptete enthält, ist als ein den Schutz Andrer bezweckendes Gesetz anzusehen; sie gibt dem Empfänger das Recht, das Gewerbe so zu betreiben wie die Genehmigungsbedingungen es gestatten, die, wenn die Behauptung des Klägers richtig ist, zum Schutze der Verkehrssicherheit, also auch des Einzelnen, aufgestellt worden und daher nicht etwa bloße Ordnungsvorschriften (RGEntsch. 79 Nr. 19 S. 92) sind. Wenn § 823 Abs. 2 BGB. von Gesetzen spricht, so ist darunter jede Rechtsnorm zu verstehen (EinfG. z. BGB. Art. 2). Eine von der zuständigen Verwaltungsbehörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit ordnungmäßig erteilte Genehmigung zu einem Gewerbebetrieb

ist aber eine solche Rechtsverordnung; sie hat rechterzeugende Kraft (JW. 1912, 652[30]); sie fußt auf §§ 16 ff. GewO., aus denen sich auch ergibt (siehe auch § 147 GewO.), daß sie ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. ist. — — — Enthält die der Beklagten erteilte Genehmigung eine Anordnung, wie sie vom Kläger behauptet ist, so würde auch die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB. zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet sein, vorausgesetzt, daß die Bienen des Klägers durch Einatmen arsenhaltiger, aus der Hütte der Beklagten herrührender Gase verendet sind. Denn die Beklagte hat zugegeben, gegen eine Anordnung, wie sie der Kläger behauptet, verstoßen zu haben. Daraus würde sich die sowohl nach gemeinem Recht wie nach § 823 Abs. 2 BGB. erforderliche Widerrechtlichkeit ergeben, die ohne den von der Beklagten zu erbringenden Nachweis ihrer Nichtschuld ihre Haftpflicht begründen würde, unabhängig von der Lage des Ortes, an dem die Einatmung erfolgt wäre. Einen Entlastungsbeweis hat sie angetreten, und das Ber.-Gericht hat ihn für erbracht angesehen. Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht, denn das Ber.-Urteil hat dabei die dem Entlastungsbeweis des § 823 Abs. 2 BGB. gezogenen engen Grenzen verkannt. Da der Tatbestand der rechtswidrigen Handlung in dem Verstoß gegen die im Schutzgesetz enthaltene Anordnung erschöpft ist, kann das Verschulden sich auch nur auf diesen Tatbestand beziehen. Das rechtswidrige Verhalten ist daher schon dann schuldhaft, wenn der Übertreter bewußtermaßen die gebotene Handlung unterließ oder die verbotene ausführte (Komm. v. RGRäten § 823 Nr. 16 und die dort angeführten Urteile). Dies muß aus gleichem Grunde für das gemeine Recht gelten. Da die Beklagte garnicht bestreitet, gegen die vom Kläger behauptete, von ihr bestrittene, in der Genehmigungsurkunde angeblich enthaltene Anordnung gehandelt zu haben, so war ihr damit jeglicher Entlastungsbeweis verschlossen, und sie durfte mit dem angetretenen, sich gegen die Voraussehbarkeit des eingetretenen Erfolges richtenden Beweis oder ihren dahingehenden Ausführungen nicht gehört werden. Da das Urteil darauf beruht, daß es eine der Art nach nicht zulässige Entlastung der Beklagten angenommen hat und infolgedessen auf den Kernpunkt für die Entscheidung, den es zwar im Eingange seiner Gründe kurz berührt hat, die Frage nach dem Inhalt der Genehmigungsurkunde, nicht eingegangen ist, mußte das Urteil aufgehoben und die Sache an das Ber.-Gericht zurückverwiesen werden.

Erweist sich die Behauptung des Klägers dagegen nicht als richtig, so erscheint die völlige Abweisung der Klage als gerechtfertigt. Liegt eine solche Übertretung nicht vor, so fällt jeder Ersatzanspruch fort, da der Kläger die Behauptung weder aufgestellt hat noch, wie anzunehmen ist, aufstellen kann, daß dies nicht auf dem Grundstücke der Beklagten geschehen ist. Es besteht also die Möglichkeit, daß das Einatmen auf diesem Grundstück stattgefunden hat. Für diesen Fall leugnet das Ber.-Gericht — und zwar wenn eine Über-

tretung des Schutzgesetzes nicht nachgewiesen wird, mit Recht — eine Ersatzpflicht. Die Frage, ob ein Grundstückseigentümer das Recht hat, auf seinem Grundstück Giftpflanzen oder Bienenschädlinge einzupflanzen, oder vergifteten Honig aufzustellen, um zu ihm herübergeflogene Bienen Andrer zu vernichten (Strauß in DJZ. 1903, 306; Friedrichs ebenda 1904, 688), bedarf hier keiner Erörterung, da hier nach Lage der Sache keine Rede davon sein kann, daß das Entweichenlassen giftiger Gase bei dem Hüttenbetriebe nur den Zweck haben könne, einem Anderen Schaden zuzufügen (§ 226 BGB.) oder überhaupt zu diesem Zweck geschehe. Nach § 903 BGB. kann aber der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit ihr nach Belieben verfahren, und dieses Recht erstreckt sich auch auf den hier in Frage kommenden Luftraum. Daß etwa dem Kläger aus besonderen Bestimmungen betr. das Bienenrecht ein die Beklagte zum Schadenersatz verpflichtendes Recht zur Seite stehe, ist weder von ihm behauptet noch sonst ersichtlich. Da die Voraussetzungen des § 226 BGB. nicht vorliegen, und man auch nicht sagen kann, daß ein Grundeigentümer, der auf seinem Grundstück in behördlich genehmigter Weise ein Gewerbe treibt, dadurch sein Recht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zum Schaden Andrer mißbrauche,

RGEntsch. 50, 227; 57, 241; in SeuffA. 57 Nr. 191; 60 Nr. 36,

selbst wenn ein Andrer dadurch Schaden erleidet, so besteht kein Grund für eine Haftbarkeit der Beklagten, falls die Bienen das Gift auf deren Grundstück eingeatmet haben. Dies müßte aber, da die Möglichkeit besteht, daß dies der Fall gewesen ist, unter allen Umständen zur vollen Abweisung der Klage führen."

Urteil des **Reichsgerichts** (5. Sen.) v. 23. Okt. 1915. K. (Kl.) w. Blei- u. Silberhütte B. (OLG. Frankfurt a. M.). V. 203/15.

---

87. Schadenersatz für verminderte Erwerbsfähigkeit; Wegfall bei deren Herbeiführung durch eine spätere Ursache.

Vgl. 67 Nr. 37.
BGB. § 843.

Der Kläger, ein Architekt, war am 21. April 1907 durch Umstürzen eines vom Beklagten geführten Kraftwagens verunglückt. Ihm waren mehrere Rippen gebrochen; später waren nervöse Störungen und noch später Arterienverkalkung und Zuckerkrankheit eingetreten, wodurch die Erwerbsunfähigkeit des Klägers vermindert worden war, bis endlich am 3. Febr. 1910 ein Schlaganfall seine Erwerbsfähigkeit ganz aufgehoben hatte. — Auf seine Klage war der Beklagte in 2. Instanz u. a. verurteilt worden, ihm für Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit eine Rente auch für die Zeit nach dem Schlaganfall zu zahlen. In diesem Punkt wurde die Entscheidung aufgehoben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Begründet ist der Rev.-Angriff des Beklagten, der sich auf die Zuerkennung der Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit an den Kläger auch nach dem Schlaganfall v. 3. Febr. 1910 bezieht. Wenn, wie das Ber.-Gericht annimmt, die Arterienverkalkung und die Zuckerkrankheit des Klägers nicht durch den Unfall verursacht worden sind, und wenn der Schlaganfall v. 3. Febr. 1910 auf diese Krankheiten ohne Beeinflussung durch den Unfall und seine Folgen zurückzuführen ist; wenn also dieser Schlaganfall, der nach der weiteren Annahme des Ber.-Gerichts den Kläger völlig erwerbsunfähig gemacht hat, ihn auch ohne den Unfall betroffen haben würde, so fällt mit diesem Schlaganfall auch der Schaden hinweg, der dem Kläger infolge des Unfalls entstanden ist; der Unfall hat seine ursächliche Bedeutung für die Minderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers verloren. Eine Ausnahme besteht nur, wenn die spätere Schadensursache wiederum von einem dritten Ersatzpflichtigen zu vertreten ist, der nun den Schaden insoweit nicht zu ersetzen hat als er schon früher verursacht worden war;

vgl. die Urteile des erkennenden Senats RGEntsch. 68 Nr. 85 S. 355; JW. 1911 658[35]; 1912, 549[15].

Es mag deshalb sein, daß dem Kläger auch nach dem Zeitpunkt des Schlaganfalls v. 3. Febr. 1910 wegen der aus dem Unfall nach der Beweisannahme des Ber.-Gerichts hervorgegangenen traumatischen Neurose noch besondere Pflegekosten erwachsen, die die Zuerkennung einer Rente wegen Vermehrung der Bedürfnisse rechtfertigen möchten; insoweit die Rente wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers zugesprochen ist, muß sie von dem Eintritt der neuen selbständigen Verursachung desselben Schadens an in Wegfall gebracht werden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 7. Juni 1915. R. (Kl.) w. B. (OLG. Karlsruhe). VI. 49/15.

---

88. Örtliche Zuständigkeit bei Klagen aus dem Wettbewerbsgesetz.

UnlWG. § 24; ZPO. §§ 13. 21. 32.

Die klagende Firma hatte gegen die in Remscheid niedergelassene Beklagte vor dem Landgericht in Hamburg geklagt auf Erlassung eines Verbots, die in dem Offertenblatt zc. abgebildeten Haken als Nixofix-Haken zu vertreiben und anzubieten; zugleich hatte sie die Erlassung einer gleichlautenden einstweil. Verfügung beantragt. Nachdem die Klägerin den Hauptanspruch für erledigt erklärt hatte, verurteilte das Landgericht die Klägerin in die Kosten des Rechtsstreits, da das Klagevorbringen, sobald von dem Wettbewerbszweck abgesehen werde, die Anwendung des § 826 BGB. nicht rechtfertige. Die sofortige Beschwerde der Klägerin wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Klage erblickt den Verstoß gegen die guten Sitten und die vorsätzliche Schädigung der Klägerin darin, daß die Beklagte Wandhaken mit

geringfügiger und unwesentlicher Abweichung in der Form, wie sie die Klägerin als ihre X-Haken vertreibt, unter der Bezeichnung Nixofix-Haken anpreist und dadurch das Publikum irreführt. Wie dieses Gericht bereits mehrfach ausgesprochen hat, muß der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 UnlWG. immer dort eintreten, wo der mit der Klage vorgetragene Tatbestand ein solcher ist, daß er unter die besondere Vorschrift des § 1 fallen muß. Nur wenn der Tatbestand ein solcher ist, daß er zwar die Anwendung des § 1 nicht rechtfertigt, wohl aber diejenige des § 826 BGB. fordert, ein Fall, der bei der nahezu vollständigen Gleichheit der beiden Gesetzesbestimmungen nur selten eintreten wird, kann ein Gerichtsstand nach § 32 ZPO., wie er hier in Anspruch genommen werden soll, in Frage kommen.

Eine Irreführung des Publikums durch fast vollständige Nachahmung der X-Haken und Bezeichnung als Nixofix-Haken kann aber für sich allein noch nicht als eine gegen die guten Sitten gerichtete Handlung erkannt werden. Der vorgetragene Tatbestand läßt nicht erkennen, inwiefern die Handlungsweise der Beklagten unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles, insbesondere der Gründe und verfolgten Zwecke ihres Vorgehens, einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte. Wollte die Klägerin behaupten, daß dieses Vorgehen erfolgte, um dem Absatz der X-Haken der Klägerin Abbruch zu tun, so würde zwar eine sittenwidrige absichtliche Schädigung gegeben sein; es wäre jedoch damit wieder das Erfordernis des Wettbewerbszwecks des § 1 UnlWG. eingeführt und damit die ausschließliche Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf den vorgetragenen Tatbestand und der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 das. gegeben.

War somit die Klage von Anfang an so, wie angestellt, nach dem allein noch in Betracht kommenden § 826 BGB. unbegründet, so hätte sie ohne die Erledigterklärung der Abweisung unterliegen müssen. Das Landgericht hat daher mit Recht der Klägerin die Kosten auferlegt und die zulässigerweise eingelegte sofortige Beschwerde mußte zurückgewiesen werden."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 13. Januar 1916. X-Haken-Betr.-Ges. (Kl.) w. A. & M. S. Bs. Z. II. 131/15. B.

---

89. Über das zur Abwehrklage des Eigentümers einer städtischen Straße gegen elektrische Leitungen oberhalb der Straße erforderliche Interesse.

Vgl. 60 Nr. 191; 65 Nr. 241.
BGB. §§ 905. 1004.

Die verklagte Firma betreibt auf ihrem Grundstück in E. Flammweg Nr. 67 eine Müllerei und stellt dort auch Elektrizität her. Auf der andern Seite der Straße liegt das Grundstück Flammweg Nr. 68 des an der Firma beteiligten Kaufmanns Ernst S. Der Flammweg ist eine im Eigentum der

klagenden Stadt stehende öffentliche Straße. Die Beklagte hatte von ihrem Grundstück aus nach dem Grundstück des Kaufmanns S. einen Draht in einer Höhe von 10 bis 11 m und einer Länge von etwa 30 m gezogen, um dem letztgenannten Grundstück die von ihr erzeugte elektrische Kraft zuzuführen. Etwa 1½ m unter dem Draht zieht sich die Fernsprechleitung der Postverwaltung.

Die Klägerin verlangte Entfernung des von der Beklagten gespannten Drahts, indem sie, gestützt auf ihr Eigentum am Flammwege, geltend machte, daß sie selbst elektrische Kraft herstelle, an deren Absatz sie ein Interesse habe, und daß die Beklagte durch die Hinüberleitung des Drahtes unter Benutzung der klägerischen Straße in dieses Absatzgebiet zu ihrem, der Klägerin, Schaden eingreife. Die Klage wurde abgewiesen und die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach § 905 BGB. erstreckt sich das Recht des Eigentümers eines Grundstücks auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Da die Beklagte mit ihrer Drahtleitung in den Raum über dem klägerischen Grundstück eingreift, ist daher die Klage nach §§ 1004. 903. 905 BGB. an sich begründet. Der Beklagten steht aber nach § 905 Satz 2 BGB. der Nachweis offen, daß die von ihr vorgenommene Einwirkung auf den klägerischen Luftraum in solcher Höhe stattfinde, daß die Klägerin an der Ausschließung kein Interesse habe. Ein derartiges Interesse der Klägerin ist zu verneinen.

Allerdings kommt es auf die Größe des Interesses nicht an, es genügt sodann auch ein bloß mittelbares Interesse und endlich schon ein Liebhaberinteresse. Das durch § 905 BGB. geschützte Interesse muß aber mit dem Eigentumsrecht zusammenhängen, denn § 905 BGB. ist eine aus dem Inhalt des Eigentums abgeleitete Vorschrift, wie seine Einordnung in Buch 3 Abschn. 3 Tit. 1 BGB., woselbst der „Inhalt des Eigentums" behandelt wird, ergibt, und er beruht auf dem Gedanken, daß auch das Eigentumsrecht kein schrankenloses Recht ist, sondern da seine Grenze finden soll, wo ein schutzbedürftiges Eigentumsinteresse nicht mehr erkennbar ist. Das Eigentumsinteresse fällt daher keineswegs mit dem Interesse des Eigentümers zusammen. Nicht jedes Interesse des Eigentümers am Ausschluß einer Einwirkung auf den Luftraum über seinem Grundstück gibt ihm ein Verbietungsrecht, und auch nicht einmal jedes vermögensrechtliche Interesse reicht dazu aus. Erfordert wird vielmehr eine Beziehung des Interesses zum Grundstück und dem dazu gehörigen Rechtskreise. In diesem Sinne sagen auch die Prot. zum BGB. 3, 122: die Bestimmung sei so zu verstehen, daß jedes Interesse des Eigentümers „mit Rücksicht auf die Bedeutung der Einwirkung für die Benutzung oder den Wert des Grundstücks Beachtung finden müsse". Ein solcher Zusammenhang mit dem Eigentum am Grundstück fehlt in dem hier vorliegenden Fall, insoweit die Klägerin geltend macht, daß sie selbst elek-

trische Kraft herstelle und Gewinn dadurch einbüße, daß die Beklagte dem S.schen Grundstück elektrischen Strom zuführe. Allerdings hat die Klägerin ein wirtschaftliches Interesse daran, für den von ihr erzeugten elektrischen Strom möglichst viele Abnehmer zu haben und ihren auf die Stromerzeugung und Stromverwertung gerichteten Betrieb monopolartig zu gestalten. Dieses Interesse hat sie jedoch nicht in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin der Straßen von E., zu denen der Flammweg gehört, sondern als Betriebsunternehmerin; mit dem Eigentum am Flammwege hat es also nichts zu tun, und es ist lediglich ein Zufall, daß sich das Eigentumsrecht und das Betriebsunternehmen in einer Person vereinigen. — — —

In 2. Instanz hat die Klägerin geltend gemacht, daß sie ein Interesse daran habe, der Entstellung des Straßenbildes und der etwaigen Störung der Fernsprechleitung entgegenzuwirken. Die Fernsprechleitung ist nicht städtisch, sondern eine Anlage der Postverwaltung, an ihr hat daher die Klägerin überhaupt kein Recht, auf dessen Schutz sie irgend einen Anspruch erheben könnte. Es fehlt auch hier wieder an jedem für die Anwendbarkeit des § 905 BGB. erforderlichen Zusammenhange zwischen dem Eigentum am Flammwege und der Fernsprechleitung. Daß sich noch andre Stromkreise, an denen die Klägerin interessiert wäre, in einer durch den streitigen Draht etwa gefährdeten Nähe befänden, erhellt nicht. Der Klägerin kann weiter aber auch nicht darin beigestimmt werden, daß der Draht das Straßenbild in erheblicher Weise störe. Nur ein einziger, den Flammweg überquerender Draht von etwa 30 m Länge bildet den Gegenstand des Streits. Der Draht ist 10 bis 11 m hoch gespannt, befindet sich also in einer solchen Höhe, daß er die freie Benutzung der Straße und insbesondere den Ausblick von der Straße nach oben durchaus nicht hindert. Drahtleitungen, die sich längs einer Straße oder quer darüber hinziehen, sind fast in allen Ortschaften und vornehmlich in Städten etwas so Häufiges, daß das Publikum nicht darin etwas sieht, was das Straßenbild beeinträchtige. Derartige Anlagen werden nach heutigen Anschauungen überhaupt nicht mehr als Schönheitsfehler, keinesfalls aber als eine erhebliche Verunstaltung einer Straße empfunden. Etwas andres würde es sein, wenn der Eigentümer eines Gartens der Hinüberleitung von Drähten um deswillen widerspräche, weil sie ihm den freien Ausblick nach oben hindern. Ein Garten unterliegt einer ganz andern Beurteilung als eine öffentliche Straße. Aber selbst bei Drahtleitungen über Gartengrundstücken wird es immer auf den einzelnen Fall ankommen. So hat sich der 2. Zivilsenat des erkennenden Gerichts in einem Urteil v. 7. April 1911 (SchlHolstAnz. 1911, 194) dahin ausgesprochen, daß ein Stromleitungsdraht über dem äußersten Grenzteil eines kleinen Gartens, der weder eine Gefahr für das Grundstück bildet, noch der Bebauung hinderlich ist, noch auch das ästhetische Gefühl verletzt. nicht im Hinblick auf § 905 BGB. verboten werden kann. Der von demselben Senat im Urteil v. 1. Febr. 1910 (Schl.-

HolstAnz. 1910, 83/84) behandelte Fall betraf dagegen eine Drahtleitung, die über ein zweistöckiges Haus hinwegging, an deren Entfernung sich ein Interesse daraus ergab, daß der Draht einer etwaigen Erhöhung des Hauses hinderlich war, und daß ein auf vertraglicher Abmachung beruhendes besonderes Interesse an der ungehinderten Benutzung des Luftraums vorlag. Wie wenig übrigens die Klägerin selbst die Anbringung des streitigen Drahts unter dem Gesichtspunkt der Verunstaltung des Straßenbildes betrachtet hat, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß sie in der Klageschrift hierauf überhaupt nicht eingegangen ist und lediglich ihr wirtschaftliches Interesse als Betriebsunternehmerin des städtischen Elektrizitätswerks betont hat. Endlich kommt in Betracht, daß die Fernsprechleitung nur 1½ m unter dem Drahte der Beklagten läuft, und daß also bereits durch sie auf das Straßenbild in einer Weise eingewirkt wird, daß daneben der eine kurze Leitungsdraht der Beklagten von keiner erheblichen Bedeutung sein kann. Daß eine regellose Überspannung der Straßen der Stadt E. schon jetzt stattfinde, wird von der Klägerin nicht behauptet, und für ihre Befürchtung, daß sie stattfinden könen, falls sie gegen derartige Drahtleitungen keinen Widerspruch erhebe, fehlt es an jeder Grundlage, da es sich bei solchen Leitungen immer nur um vereinzelte Fälle von Selbsterzeugung elektrischer Kraft unter ganz besonderen Umständen handeln kann.

Hiernach erscheint der Klaganspruch unbegründet."

Urteil des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 17. Juni 1915. Stadt E. (Kl.) w. S. U I. 87/14. SchlHolstAnz. 1915, 201.

---

90. „Ordnungmäßige Benutzung" des Grundstücks, für das ein Notweg verlangt wird.

Vgl. 62 Nr. 41 m. N.

BGB. § 917.

Der Kläger bestreitet nicht, daß der Beklagten als Eigentümerin des Grundstücks Kartenbl. F. F. Nr. 201/32 (Wredestraße 6—8) ein Notwegerecht über die ihm gehörigen Grundstücke zusteht, die die Wredestraße bilden. Auch die vom Landgericht auf 4 m bemessene Breite des Notwegs ist in dieser Instanz nicht streitig. Die Parteien sind lediglich darüber uneins, ob die Richtung des Notwegs über die Grundstücke F. F. Nr. 210/32 und Nr. 226/35 nach der Querstraße zu (wie der Kläger meint und das Landgericht festgesetzt hat), oder über Nr. 210/32 und Nr. 211/32 nach der Wilhelmstraße zu (wie die Beklagte begehrt), zu nehmen ist.

Maßgebend für die Entscheidung dieser Frage ist die Feststellung, welche Verbindung des Grundstücks der Beklagten mit dem öffentlichen Wege zur ordnungmäßigen Benutzung dieses Grundstücks erforderlich ist (§ 917 Abs. 1 BGB.). Mit Recht führt das angefochtene Urteil aus, daß der Notwegberech-

tigte nur das Notwendige, nicht etwa einen seiner Bequemlichkeit besonders entsprechenden Notweg verlangen kann. Zutreffend geht es auch davon aus, daß bei der Bestimmung des Notwegs, der eine Beschränkung fremden Eigentums bedeutet, die Interessen des Notwegpflichtigen wesentlich berücksichtigt werden müssen. Richtig ist ferner, daß bei mehrfacher Möglichkeit der Verbindung mit dem öffentlichen Wege die kürzeste Verbindung in vielen Fällen die den belasteten Nachbar am wenigsten beeinträchtigende und deshalb zu wählen sein wird. Allein dieser Satz kann als allgemeiner Grundsatz nicht aufgestellt werden. Für Richtung und Umfang des Notwegs ausschlaggebend ist nach dem Gesetze stets, welcher Weg für die ordnungmäßige Benutzung des notwegberechtigten Grundstücks notwendig ist.

Ordnungmäßig ist eine Benutzung, die „objektiv, nach vernünftigem Ermessen den wirtschaftlichen Bedürfnissen, der Größe, Lage, Kulturart und Umgebung des Grundstücks entspricht" (Planck[4] Anm. 1c zu § 917 S. 304; vgl. RGEntsch. 79, 117). Nicht jede Verbindung eines Grundstücks mit einem öffentlichen Wege schließt ein Notwegerecht für dieses Grundstück aus (Enneccerus-Kipp-Wolf 2[2] § 56 I. 1). Nur wenn die vorhandene Verbindung zu einer wirtschaftlich gerechtfertigten Benutzung des Grundstücks ausreicht, fällt das Bedürfnis für einen Notweg und damit das Recht auf ihn fort. Selbst eine zweite Verbindung mit einem öffentlichen Wege kann gefordert werden, wenn das Grundstück, für das die Duldung des Notwegs verlangt wird, „nach seiner Größe, Lage, Kulturart und Umgebung nur dann ordnungmäßig bewirtschaftet (unmittelbar benutzt) werden kann, wenn es noch eine weitere Verbindung mit einem öffentlichen Wege erhält" (RGEntsch. 79, 120). Maßgebend für die Frage, ob, in welcher Richtung und in welchem Umfange ein Notwegerecht besteht, ist stets das wirtschaftlich gerechtfertigte Bedürfnis auf unmittelbare Benutzung des Grundstücks, für das der Notweg beansprucht wird.

Das Grundstück der Beklagten ist mit einem Doppelwohnhaus bebaut, das in einzelnen Stockwerken an Offiziere und Beamte vermietet ist. Soll ein solches Haus seinem wirtschaftlichen Charakter gemäß benutzt werden, so ist eine gut im Stande gehaltene, feste, reinliche Verbindung mit dem städtischen Straßennetz nicht, wie das Landgericht annimmt, eine besondere Bequemlichkeit für die Bewohner, sondern für die zweckentsprechende Benutzung des Grundstücks erforderlich. Fehlt eine solche Verbindung, so würde es nicht möglich sein, die Wohnungen in dem Hause an Angehörige bessergestellter Stände, die erheblichere Mieten zu zahlen gewillt und imstande sind, zu vermieten. Für Wohnungen in einem Hause, das nur auf Umwegen, durch unbefestigte, bei schlechtem Wetter nicht gangbare Wege zu erreichen ist, werden angemessene Mietpreise nicht erzielt werden können. Die Benutzung eines solchen Hausgrundstücks als Miethauses für wirtschaftlich bessergestellte Mieter wird bei solchem Zugange nicht möglich sein.

Die vom Kläger für das Grundstück der Beklagten zugestandene, vom Landgericht festgestellte Notwegverbindung entspricht nicht den gerechtfertigten Ansprüchen, die für ein solches Anwesen zu stellen sind. Unstreitig ist die Querstraße, nach der hin diese Verbindung geht, zwar eine öffentliche Straße; sie ist auch dem Hause der Beklagten näher gelegen als die Wilhelmstraße; der nach ihr auslaufende Notweg würde deshalb für den Kläger als Eigentümer der notwegpflichtigen Grundstücke weniger beeinträchtigend und lästig sein als ein Notweg nach der Wilhelmstraße. Die Querstraße ist aber, wie ebenfalls unter den Parteien unstreitig ist, in sehr schlechtem Zustande, weder chaussiert noch gepflastert und bei schlechtem Wetter fast unbegehbar; sie führt in die Uferstraße, eine Sackgasse, die nur durch die Wilhelmstraße mit der Stadt verbunden ist. Eine Verbindung mit einem solchen Wege reicht aber, wie oben erörtert, zur ordnungmäßigen Benutzung des mit einem Miethause für Mieter mit höheren Ansprüchen bebauten Grundstücks nicht aus. „Erforderlich" ist vielmehr, da andre Verbindungen nicht in Frage stehen, der Ausgang nach der Wilhelmstraße.

Diesem Ergebnisse gegenüber kann nicht eingewendet werden, daß die Benutzung des Grundstücks der Beklagten zum Bau und zur Unterhaltung von Miethäusern „der Lage, Kulturart und Umgebung" nicht entspreche. Der Kläger hat dies selbst nicht behauptet. Es ergibt sich aber auch ohne weiteres aus dem Vorbringen der Parteien und den in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Karten, daß das Grundstück der Beklagten unmittelbar an andre mit Wohnhäusern bebaute Grundstücke angrenzt, daß die nur 118 m entfernte Wilhelmstraße eine völlig an- und ausgebaute Straße ist, durch die die elektrische Bahn führt, daß der Nordbahnhof nahe gelegen ist, daß es sich also um einen Stadtteil handelt, in welchem Häuser der Art, wie das der Beklagten, in erheblicher Zahl stehen. Die Benutzung des Grundstücks der Beklagten durch Vermietung eines mehrstöckigen Miethauses entspricht daher den örtlichen Verhältnissen.

Darnach hat die Beklagte einen Anspruch darauf, daß der Kläger die Benutzung seiner Grundstücke als Notweg zum Grundstücke der Beklagten nach der Wilhelmstraße hin in der unstreitigen Breite von 4 m duldet.

Urteil des OLG. zu Cassel (2. Sen.) v. 29. Nov. 1915. Neue Bad.-Ges. w. K. 2 U. 47/15. **Mtn.**

91. Beginn des Laufs der Notwegsrente mit der Duldungspflicht.

(Vgl. 69 Nr. 199 S. 363.)

BGB. § 917.

Im Kommentar von RGRäten § 917 BGB. Bem. 13 wird die Ansicht vertreten, daß die Rentenpflicht beim Notwege mit der Duldungspflicht beginne, und nicht erst, wenn der Notwegberechtigte tatsächlich den Weg benutzt habe. Dieser Ansicht ist der Vorzug zu geben vor der des Ber.-Gerichts.

Dieses irrt, wenn es erklärt, es sei hier doch augenscheinlich der Fall vorausgesetzt, daß es einer besonderen Anlegung des Weges nicht bedürfe, wenn aber wie hier besondere Herstellungsarbeiten erforderlich seien, so müßten die Rentenzahlungen, wie beim Überbau, auf den § 917 BGB. verweist, mit dem Beginn des Baues anfangen. Die Bezugnahme im Urteil auf Staudinger § 913 Bem. 4 geht fehl, da dort nur vom Überbau gesprochen wird. Wenn nach § 917 Abs. 2 die Vorschrift des § 912 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Anwendung findet, so ist zu bemerken, daß darnach für die Höhe der Rente die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend sein soll. Während bei einem Bau über die Grenze diese Zeitbestimmung die naturgemäße ist, trifft dies beim Notwege nicht zu. Durchaus folgerichtig erklärt denn auch der Kommentar von RGRäten, die entsprechende Anwendung des § 912 Abs. 2 Satz 2 ergebe, daß für die Höhe der Rente der Zeitpunkt entscheidend sei, in dem die Duldungspflicht entstanden, d. h. die Notlage vorhanden und das Verlangen gestellt sei (s. auch Mugdan Mater. 3, 601, III Abs. 2 a. E.). Da mit diesem Augenblick die Wertminderung des Grundstücks insofern eintritt, als nunmehr die gesetzliche Eigentumsbeschränkung in die Tat umgesetzt wird, der Eigentümer z. B., der verkaufen will, infolge der dem Kauflustigen mitzuteilenden Geltendmachung des Notwegsanspruchs sich mit einem geringeren Kaufpreise begnügen muß, so erscheint, mag man nun dem Urteil rechtbegründende oder nur rechterklärende Kraft beimessen, das Verlangen gerechtfertigt, den Rentenlauf mit der Rechtskraft des Urteils, d. h. mit der Verkündung des Revisionsurteils beginnen zu lassen. — — —

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 22. Dez. 1915. V.s Konkurs w. Sch. u. Gen. V. 263/15. Ch.

---

92. Kann der Hyp.-Gläubiger einer Verbauung der Feuerversicherungssumme auf einem anderen Grundstück widersprechen?

Vgl. 67 Nr. 158.
BGB. §§ 1127 ff.; VersVG. §§ 97 ff.

Der Kläger ist Gläubiger einer Hypothek auf dem Grundstück des Beklagten Nr. 53 B. Zwei Scheunen, die auf diesem Grundstück standen, brannten ab, die Versicherungssumme wurde an den Beklagten gezahlt und dieser baute nunmehr auf dem ihm gleichfalls gehörigen Grundstück Nr. 105 B eine größere Scheune auf. Der Kläger verlangte Wiederaufbau einer neuen Scheune von mindestens derselben Größe, demselben Verhältnisse und derselben Bauart auf dem Grundstück Nr. 53 B, oder Zahlung oder Hinterlegung eines dem Wert entsprechenden Betrages. — Die Klage wurde abgewiesen aus folgenden Gründen:

„Zweierlei ist möglich: Entweder die Versich.-Gesellschaft hat die Versich.-Summe gemäß § 1130 BGB. an den Beklagten zu Recht bezahlt. Dann hat

Kläger keinerlei Anspruch; die Versich.-Forderung — nur diese haftet nach § 1127 BGB. dem Gläubiger — ist durch die Zahlung erloschen. Oder die Zahlung der Versich.-Summe ist unter Außerachtlassung der Vorschriften des § 1128 BGB. erfolgt. Dann hätte Kläger allenfalls einen Anspruch an die Versich.-Gesellschaft, nie aber an den Eigentümer des Grundstücks (vgl. RG.-Entsch. 64, 28). Einen Anspruch auf Wiederherstellung gleicher oder ähnlicher Gebäude anstelle der abgebrannten hat der Hyp.-Gläubiger ohne weiteres auf Grund der §§ 1120ff. BGB. nicht, ebensowenig wie er beanspruchen kann, daß der Eigentümer fortgeschafftes Inventar wieder zurückschaffe. Er kann aber auch nicht etwa Bezahlung oder Hinterlegung eines entsprechenden Teiles der Hypothek gegen Löschung eines gleichen Betrages desselben verlangen. Ein solcher Anspruch läßt sich weder aus dem Bürgerl. Gesetzbuch noch aus dem Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908 §§ 97ff. herleiten, ist auch weder in der Rechtsprechung noch der Rechtslehre anerkannt. Wenn Staudinger (Anm. II 2a zu § 1127 BGB.) ausführt, der Gläubiger könne nicht mehr verlangen, als daß ihm die frühere Sicherheit wieder verschafft werde, oder wenn das OLG. Marienwerder (Rspr. 26, 144) sagt, der Gläubiger könne nicht eine genaue Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen, es genüge die Wiederherstellung eines die gleiche Sicherheit gewährenden Zustandes, so wird dadurch im Anschluß an § 1127 Abs. 2 BGB. nur zum Ausdruck gebracht, daß, wenn der Gläubiger einen gleichwertigen oder annähernd gleichwertigen Ersatz schaffe, der Gläubiger damit zufrieden sein müsse und daher die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlösche; es kann daraus aber nicht die Ansicht begründet werden, daß der Hyp.-Gläubiger dem Eigentümer gegenüber einen Anspruch auf Herstellung eines solchen Ersatzes habe. Auch die Bemerkung in den Motiven (3, 651): der Realkredit sei wesentlich dadurch bedingt, daß dem Gläubiger die Sicherheit, welche er durch die Eintragung erlange, bis zur Verwirklichung der Hypothek erhalten bleibe; um dieses Ziel zu erreichen, müsse das Grundstück nicht bloß in seinem rechtlichen Bestande, sondern auch in seinem die Sicherheit beeinflussenden wirtschaftlichen Bestande dem dinglichen Rechte des Gläubigers unterworfen werden, — dient nur dazu, die Haftung der Versich.-Forderung zu begründen, läßt sich aber nicht verwerten, um einen Anspruch des Hyp.-Gläubigers auf Herstellung eines gleichartigen anstelle eines abgebrannten Gebäudes zu rechtfertigen.

Wie wenig aber das Bürgerl. Gesetzbuch daran gedacht hat, dem Hyp.-Gläubiger einen derartigen Anspruch zuzubilligen, geht einesteils daraus hervor, daß es in Art. 110 EinfG. die Regelung der Frage, wie sich die Rechtslage gestalte, wenn zerstörte Gebäude in andrer Lage wiederhergestellt werden, der Landesgesetzgebung überlassen hat, anderseits aber daraus, daß es in den §§ 1133. 1134 dem Hyp.-Gläubiger gewisse Rechte eingeräumt hat, wenn eine Verschlechterung des Grundstücks und zugleich eine Gefährdung der

Hypothek eingetreten oder zu besorgen ist. Diese Bestimmungen wären überflüssig und sinnlos, wenn dem Hyp.-Gläubiger diese Rechte schon dann zustehen sollten, falls lediglich eine Verschlechterung des Grundstücks und dadurch eine geminderte Sicherheit unabhängig von einer Gefährdung der Hypothek eintritt. Daß aber die Hypothek irgendwie gefährdet worden sei, hat der Kläger selbst nicht behauptet. Ein Anspruch des Klägers, welcher die Sicherung seiner Hypothek zum Zweck hat, wäre also nur unter den Voraussetzungen und im Umfange der §§ 1133. 1134 BGB. begründet, er entfällt, wenn diese Voraussetzungen, wie hier, nicht vorliegen."

Urteil des OLG. zu Königsberg (2. Sen.) v. 8. Juni 1915. S. w. von G. 3 U. 25/15. Th.

---

93. Rechtliche Natur des Ausgleichungsanspruchs der Ehefrau bei Überleitung der Errungenschaftsgemeinschaft in das gesetzliche Güterrecht (bayer. Recht).

BGB. §§ 1546. 1363 ff. 1391. 1418; Bayer. ÜbergVorschr. Art. 83. 94; Bayer. LR. I c. VI §§ 22. 32; VI, c. 87, c. 8 § 13.

Die Ehefrau Kreszenz Bl. lebte mit ihrem Ehemann in dem aus der Errungenschaftsgemeinschaft des bayer. Landrechts übergeleiteten gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung. Mit der Behauptung, daß ihr Mann das gemeinsam erworbene Vermögen vergeude, verlangte sie eine einstweil. Verfügung. Vom Oberlandesgericht als Beschwerdeinstanz wurde ihrem Antrage stattgegeben, indem dem Ehemanne verboten wurde, ohne ihre Zustimmung über die bei der Bank auf seinen Namen allein hinterlegten Wertpapiere und auf seinen Namen eingetragene Hypotheken zu verfügen, der Bank hiervon Kenntnis gegeben und das Grundbuchamt um die Eintragung des Verbots ersucht wurde. In tatsächlicher Beziehung wurde die Vermögensgefährdung durch den Mann als glaubhaft gemacht erachtet; in rechtlicher Hinsicht besagen die Gründe:

„Nach Art. 83. 94 ÜbergVorschr. ist mit dem 1. Jan. 1900 an die Stelle der Errungenschaftsgemeinschaft nach bayer. Landrecht der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung nach den Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs in Verbindung mit einem Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinnes getreten, der selbst in dem Falle gegeben ist, daß der überlebende Ehegatte nach Art. 84 jenes Gesetzes die im Bürgerl. Gesetzbuch bestimmte, die gesetzliche Erbfolge ausschlägt. Der Ausgleichungsanspruch vertritt den Anteil an der Errungenschaft der aufgehobenen Errungenschaftsgemeinschaft und ist ein wesentlicher Bestandteil des umgewandelten Güterstandes. Er ist nach seinem Wesen und seinen Wirkungen nichts andres als der schon durch die Errungenschaftsgemeinschaft des bayer. LR. begründete gesellschaftsrechtliche Aus-

einandersetzungsanspruch (bayer. LR. I c. VI § 22 n. 3—5, IV c. 8 § 7). Als bedingter Anspruch war dieser Auseinandersetzungsanspruch mit Abschließung der die Errungenschaftsgemeinschaft nach bayer. LR. begründenden Ehe oder einem nachfolgenden Eintritt dieses Güterstandes vorhanden und ist in dieser Gestalt in den Ausgleichungsanspruch des Überleitungsgesetzes übergegangen. Er ist nur die Ausübung eines schon vorhandenen Rechts (vgl. BayObLG. n. F. 4, 466; 14, 684ff.). Als vermögensrechtlicher Anspruch gehört er zu dem Vermögen der Ehefrau, das mit dem Inkrafttreten des BGB. nach § 1463 als eingebrachtes Gut der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen wurde. Ein Fall der in den §§ 1366 bis 1370 bestimmten Vorbehaltsgüter liegt hier nicht vor.

Der Ausgleichungsanspruch ist zwar nach Art. 83 ÜbergVorschr. nicht übertragbar; auch nicht übertragbare Rechte können aber, selbst wenn vielleicht einzelne nicht Gegenstand der ehemännlichen Nutznießung werden können (vgl. Planck BGB. § 1363 Anm. 4), doch immerhin Bestandteil des eingebrachten Gutes sein, wie zur Genüge aus § 1439 BGB. erhellt. Auch aus dem Wesen und dem Zweck des Ausgleichungsanspruchs darf nichts Gegenteiliges gefolgert werden; insbesondere läßt sich nicht einwenden, daß an dem Ausgleichungsanspruch keine Nutznießung möglich ist, daß er sich gegen den Ehemann selbst richtet und erst nach der Aufhebung der Nutznießung und Verwaltung verwirklicht werden kann; denn auch unverzinsliche Forderungsrechte der Frau gegen den Ehemann, die aus irgendeinem Rechtsgrunde erst mit dem vorgenannten Zeitpunkt fällig werden, haben die Fähigkeit, eingebrachtes Gut der Frau zu werden, weil nach der Vorschrift des § 1363 BGB. grundsätzlich alle Bestandteile des ehefraulichen Vermögens eingebrachtes Gut sind und sein können, die nicht als Vorbehaltsgut, sohin als eine der Ausnahmen des §§ 1366—1371 des Gesetzes zu erweisen sind (vgl. Planck Vorbem. 2 zu § 1363 und Anm. 5 zu § 1363). Wird dann durch das Verhalten des Ehemannes die Besorgnis begründet, daß die Rechte der Frau in einer den Ausgleichungsanspruch erheblich gefährdenden Weise verletzt werden, so kann die Frau nicht nur von ihrem Ehemanne nach § 1391 Abs. 1 Sicherheit verlangen, sondern nach § 1418[1] auch auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung klagen. Dieses Ergebnis ist um so mehr zu billigen, als schon nach bayer. LR. I c. VI § 32 n. 3—5 und IV c. VIII § 13 n. 5 die Ehefrau berechtigt war, bei übler Wirtschaft des Mannes in Ansehung der Errungenschaft die Aufhebung der Gütergemeinschaft zu verlangen (BayObLG. a. F. 7, 775; 8, 213; SeuffA. 45 Nr. 172; E.B. 8, 324). Dieser Rechtszustand mußte als mit der Herübernahme des Ausgleichungsanspruchs in das neue Recht aufrechterhalten angesehen werden, falls nicht seine Wirkung erheblich abgeschwächt werden sollte und nicht auch das neue Recht eine gleiche oder ähnliche Handhabe bieten würde, um ungebührlichen wirtschaftlichen Ausschreitungen des Ehemannes wirksam entgegenzutreten; denn das Überleitungsrecht gewährt den Aus-

gleichungsanspruch wie wenn eine Änderung des Güterstandes nicht eingetreten wäre."

Beschluß des OLG. München (4. Sen.) v. 31. Mai 1915. Bl. w. Bl. Beschw.-R. 285/15. P.

---

94. Ein in besondere amtliche Verwahrung gebrachter Erbvertrag darf nicht an die Beteiligten herausgegeben werden (preuß. Recht).

BGB. §§ 2277. 2290; preuß. AusfG. z. BGB. Art. 81. 89; preuß. FGG. Art. 42.

Gemäß § 2 FGG. in Verbindung mit § 159 GVG. darf das Ersuchen um Rechtshülfe nur abgelehnt werden, wenn dem ersuchten Gerichte die örtliche Zuständigkeit mangelt oder die vorzunehmende Handlung nach dem Recht des ersuchten Gerichts verboten ist. Die letztere Voraussetzung ist hier erfüllt, da der gemäß § 2277 BGB. in besondere amtliche Verwahrung gebrachte Erbvertrag, um dessen Herausgabe an den T. das Amtsgericht R. ersucht hat, an die Beteiligten nicht herausgegeben werden darf.

Nach § 2256 BGB. gilt ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder vor dem Gemeindevorsteher (§ 2249) errichtetes Testament als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird, und der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Für die Aufhebung eines Erbvertrages ist dagegen diese Form durch das Bürgerl. Gesetzbuch nicht zugelassen (vgl. §§ 2290 ff., 2293). Die Aufhebung geschieht durch Vertrag oder durch Testament oder, sofern ein solcher zulässig ist, durch einseitigen Rücktritt, welcher dem andern Vertragschließenden gegenüber oder nach dessen Tode mittels Testaments erklärt werden muß. Aus dem Bürgerl. Gesetzbuch läßt sich daher eine Befugnis der Vertragschließenden, die Herausgabe des Erbvertrages an sie selbst zu fordern, nicht entnehmen, und es kann vielmehr, da sich auch in andern Reichsgesetzen eine Bestimmung dieses Inhalts nicht findet, höchstens in Frage kommen, ob nach der Landesgesetzgebung, der durch den § 200 FGG. die nähere Regelung der besonderen amtlichen Verwahrung überlassen worden ist, eine solche Rückreichung an die Vertragschließenden selbst für statthaft erachtet zu werden vermag;

vgl. Komm. von RGRäten z. BGB.[2] Anm. 7 zu § 2277 und Beschluß des Kammergerichts vom 12. Jan. 1905 in RJA. 5, 159 sowie in KJB. 29, 78 ff.

Dies ist aber für das hier in Betracht kommende preuß. Recht zu verneinen. Denn die Bestimmungen des letzteren, wonach Erbverträge ebenso wie Testamente durch Zurücknahme aus der amtlichen Verwahrung aufgehoben werden konnten (§§ 565 ff., 623 ALR. I. 12; §§ 9. 15 AGO. II. 4) sind durch den Art. 89[1] AusfG. z. BGB. und den Art. 141[1] pr. FGG. ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden und es sind an ihre Stelle die Vorschriften

des Art. 81 pr. AusfG. z. BGB. und des Art. 42 pr. FGG. getreten, deren erstere die Form der Annahme und der Herausgabe regelt, während die letztere über deren Voraussetzungen und damit auch über die Frage, an wen die Herausgabe zu erfolgen hat, Bestimmung trifft und in dieser Beziehung gerade die Regel aufstellt, daß die Urschrift des gerichtlichen und des notariellen Protokolls über die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts in der Verwahrung des Gerichts oder des Notars bleibt. Daß diese Regel da versagen muß, wo das Reichsgesetz — wie dies in Ansehung der Testamente durch § 2256 Abs. 2 BGB., wonach der Erblasser die Rückgabe des Testaments jederzeit fordern darf, geschehen ist — etwas Gegenteiliges angeordnet hat, unterliegt keinem Bedenken. Soweit es an einer entgegenstehenden reichsgesetzlichen Vorschrift fehlt und auch das Landesgesetz eine Ausnahme nicht zuläßt, muß es dagegen, wie das Kammergericht in dem vorbezeichneten Beschlusse zutreffend ausgeführt hat, bei der Regel verbleiben und darnach darf, da eine die Zulässigkeit der Herausgabe an die Beteiligten selbst anordnende Sondervorschrift weder reichs- noch landesgesetzlich getroffen worden ist, eine solche Herausgabe als nicht zulässig angesehen und eine Wiederaufhebung der besonderen amtlichen Verwahrung vielmehr nur in der Weise als statthaft erachtet werden, daß der Verschluß geöffnet wird und die Vertragsurkunde aus der besonderen amtlichen Verwahrung in die gewöhnliche amtliche Verwahrung des Gerichts oder des Notars nunmehr gelangt.

Das Amtsgericht K. hat daher mit Recht das Ersuchen um Aushändigung des Erbvertrages an T. wegen Unzulässigkeit einer solchen Herausgabe abgelehnt.

Beschluß des OLG. zu Königsberg (1. Sen.) v. 26. Okt. 1915. III 2.
Th.

II. Verfahren.

95. Keine Fahrlässigkeit des Rechtsanwalts, wenn er von einer, wenn auch bestrittenen, Ansicht des Reichsgerichts ausging.

RAO. § 28; BGB. § 675.

Der Hypothek des Klägers ging eine Grundschuld von 100000 *M* vor, die aber nur in Höhe von 96460 *M* ausbezahlt worden war. Für den nicht ausbezahlten Teil war eine Pfändung der Grundschuld erfolgt. Als es sich bei der Zw.-Versteigerung darum handelte, wieviel der Kaufmann Pr., Inhaber einer nachfolgenden Hypothek, bieten müsse, damit die Hypothek des Klägers gedeckt werde, berechnete der verklagte Rechtsanwalt als Berater des Klägers diesen Betrag in der Weise, daß er für die Grundschuld nur die ausbezahlte Summe ansetzte, indem er annahm, der Rest werde der in einem

Urteil des Reichsgerichts v. 8. März 1905 (Entsch. 60, 251) ausgesprochenen Rechtsauffassung entsprechend für die nachfolgenden Gläubiger frei und infolgedessen dem Kläger zugeteilt werden. Um einen dieser Berechnung entsprechenden Betrag ersteigerte Pr. das Grundstück. Im Verteilungsverfahren wurde jedoch der auf den Rest der Grundschuld treffende Betrag dem Pfändungsgläubiger zugesprochen und diese Verteilung wurde im Rechtsstreit bestätigt, nachdem das Reichsgericht in dem Urteil v. 6. Dez. 1911 (Entsch. 78, 60. 69) seinen früheren Standpunkt aufgegeben und ausgesprochen hatte, daß in einem solchen Fall der fragliche Erlösteil an sich dem Grundschuldgläubiger zustehe, auf Grund des mit diesem abgeschlossenen Vertrages oder auf Grund des § 812 BGB. auch von dem Besteller der Grundschuld in Anspruch genommen werden möge, nicht aber den nachfolgenden Gläubigern zukomme. Der Kläger warf dem Beklagten fahrlässig falsche Beratung vor und verlangte Ersatz seines Ausfalls und der Kosten von zwei dem Verteilungsverfahren sich anschließenden Prozessen, zusammen 5144,79 *M*. — Die Klage wurde abgewiesen, die Berufung und ebenso die Revision des Klägers wurden zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Berechnung des Beklagten entsprach der in RGEntsch. 60, 251 ausgesprochenen Rechtsauffassung. Daß der Beklagte diese Entscheidung zugrunde legte, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Wenn sie auch von Schriftstellern bekämpft wurde und der Beklagte selbst Zweifel an ihrer Richtigkeit hatte, so durfte er doch erwarten, daß die mit dem Verteilungsverfahren und mit einem Verteilungsstreit befaßten Gerichte ihr folgen würden, und brauchte auch nicht damit zu rechnen, daß das Reichsgericht selbst seine Meinung ändern werde. Da das Reichsgericht entschieden hatte, läßt sich der Fall auch nicht andern Zweifelsfällen gleichstellen, in denen der Rechtsanwalt damit rechnen muß, daß eine andre als die von ihm angewandte Rechtsauffassung zur Geltung kommen könne. Durfte der Beklagte aber von der Entscheidung in Bd. 60, 251 ausgehen, dann konnte man es ihm auch nicht zumuten, nur um der bloßen Möglichkeit willen, daß der dort aufgestellte Grundsatz wider Erwarten nicht angewendet oder gar vom Reichsgericht selbst wieder aufgegeben werden würde, seinem Auftraggeber oder auch nur einem Dritten ein höheres Gebot anzusinnen, als nach der damals maßgebenden Entscheidung des Reichsgerichts nötig war. Es ist daher unerheblich, ob Pr. auf Verlangen auch mehr geboten haben würde, und ob, wie das Ber.-Gericht annimmt, die Revision aber bestreitet, der Beklagte bei andrer Berechnung von seinem Standpunkt aus sogar mit Schadenersatzansprüchen hätte rechnen müssen. Da eine Erörterung der Rechtsfrage mit dem Kläger, wie das Ber.-Gericht mit Recht hervorhebt, nur theoretische Bedeutung gehabt haben würde, hat der Beklagte die gebotene Sorgfalt auch dann nicht verletzt, wenn er von einer Mitteilung seiner rechtlichen Bedenken absah, und das erforderliche Gebot

aus eigener Entschließung so berechnete, wie er nach RGEntsch. 60, 251 durfte. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. Sept. 1915. J. (Kl.) w. L. W. (KG. Berlin). III. 23/15.

---

96. Streitwert des Anspruchs auf Herausgabe eines Gebäudeteils.

(Vgl. 36 Nr. 295.)
ZPO. § 6.

Das Landgericht geht von der Annahme aus, daß der Kläger mit der Klage die Herausgabe des Grundstücks „Prinz von A." in J. gefordert habe und daß sich deshalb die Berechnung des Streitwerts nach dem Wert dieses Grundstücks zu richten habe. Es legt als Wert des Grundstücks den Kaufpreis zugrunde, den die Parteien in dem zwischen ihnen abgeschlossenen Kaufvertrage v. 5. Septbr. 1914 für das Grundstück selbst, ohne das Gasthofsinventar, vereinbart haben, und setzt demgemäß den Wert des Streitgegenstandes auf 61000 ℳ fest. Demgegenüber macht der Kläger in seiner Beschwerde, mit der er Festsetzung des Streitwerts auf 2000 ℳ erstrebt, geltend, daß für die Wertbemessung der jährliche Mietwert der in Frage kommenden Räume maßgebend sei, der 2000 ℳ betrage.

Der Standpunkt des Klägers ist nicht richtig. Die Klage war gerichtet auf Verurteilung des Beklagten, „die im Erdgeschoß und 1. Stockwerk des Vordergebäudes befindlichen, dem Betriebe einer Gastwirtschaft dienenden Räume des Grundstücks Prinz von A. dem Kläger zur Verfügung zu stellen", und war gestützt darauf, daß der Kläger Eigentümer des Gasthofgrundstücks sei und der Beklagte die betr. Räume ohne Recht inne habe; nachträglich auch darauf, daß der Kläger die Räume dem Beklagten auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages überlassen habe und dann vom Kaufvertrage zurückgetreten sei. Der Beklagte hat im Prozesse sein Recht zum Besitz nicht aus einem Mietvertrage oder einem ähnlichen Rechtsverhältnisse, sondern aus dem Kaufvertrage hergeleitet und überdies die Einrede der Arglist und ein Zurückbehaltungsrecht vorgebracht. Hiernach bildete den Gegenstand des Rechtsstreits nicht das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses, sondern der Besitz der im Klagantrage aufgeführten Räume. Mithin wird der Streitwert nach § 6 ZPO. bestimmt durch den Wert dieser Räume, nämlich des Erdgeschosses und ersten Stockwerks des Vordergebäudes des Gasthofs „Prinz von A." in J.

Beschluß des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 28. Okt. 1915. 5 C. 161/15.
Ch.



97. Kostenlast des Beklagten, wenn er die Berühmung aufgibt und der Kläger deshalb seine Feststellungsklage für erledigt erklärt.

Vgl. 61 Nr. 21.
ZPO. §§ 91. 256.

Als der Kläger Th. von den gepachteten Flurstücken, die mit Hafer bestellt waren, den Hafer mähte, wurde ihm vom Anwalt der beiden Beklagten, die Hypotheken an dem Grundstück besaßen, die Einbringung des Hafers verboten. Er klagte gegen die Beklagten auf Feststellung, daß er über den Hafer als Eigentümer verfügen dürfe. Im Termin 1. Instanz erklärte der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten, daß sich das Verbot der Wegschaffung des Hafers durch die inzwischen erfolgte Anordnung der Zw.-Verwaltung des Grundstücks erledigt habe, daß jedoch in dieser Erklärung ein Anerkenntnis der Klagansprüche nicht liegen solle. In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen. In der Ber.-Verhandlung erklärten die Beklagten, daß sie Anspruch auf den Hafer nicht mehr erhöben. Hierauf gaben die Erben des inzwischen verstorbenen ursprünglichen Klägers die Erklärung ab, daß sie die Hauptsache infolge dieser Erklärung der Gegner für erledigt erachteten und nur noch beantragten, den Beklagten die Kosten beider Instanzen aufzuerlegen. Dem entsprechend wurde erkannt. Aus den Gründen:

„Daß für den Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses bis zu der Erklärung der Beklagten, daß sie Anspruch auf den Hafer nicht mehr erhöben, gegeben war, bedarf keiner weiteren Darlegung. Das Klagebegehren hat sich aber in der Ber.-Instanz dadurch erledigt, daß die Beklagten erklärt haben, einen Anspruch auf den Hafer nicht mehr erheben zu wollen. Damit entfällt für die Kläger, die Erben des Th., jedes Interesse auf Anerkennung ihres Verfügungsrechts über den Hafer. Lediglich der Widerspruch der Beklagten hatte den ursprünglichen Kläger Th. zur Erhebung der Klage gezwungen, um sich durch die Verurteilung der Beklagten ihnen gegenüber die Verfügung zu ermöglichen.

Die Erledigung der Hauptsache übt verschiedenen Einfluß auf die Kostenentscheidung aus, je nachdem sie durch Zufall eingetreten oder von der verklagten Partei herbeigeführt worden ist. Im ersten Fall ist nach der herrschenden Meinung zu prüfen, wer zu der Zeit, als sich der Streit in der Hauptsache erledigte, sachlich im Unrecht gewesen sei, und ihm sind dann die Kosten aufzuerlegen. Wenn dagegen die verklagte Partei die Erledigung herbeiführt, indem sie den Klaganspruch erfüllt oder bei einer Feststellungsklage das diese rechtfertigende Verhalten, die Berühmung rc. aufgibt, so ist sie unterliegender Teil, indem sie sich dem Klageverlangen tatsächlich fügt. Sie kann sich nicht etwa auf den Standpunkt stellen, in der Hauptsache wolle sie, sei es der Kostenersparnis halber, sei es zwecks Abkürzung des Prozesses, sei es aus einem sonstigen Grunde, durch Befriedigung des Klägers nach-

geben, aber sie beharre darauf, daß sie im Recht gewesen sei und daß deshalb trotz ihres Nachgebens der Kläger in die Kosten verurteilt werden müsse.

Im vorliegenden Fall kommt es deshalb für die Kostenpflicht darauf an, ob, wie die Beklagten annehmen, die Klage sich durch die Einleitung der Zw.-Verwaltung und die Bestellung eines Zw.-Verwalters erledigt hat und ihnen dadurch die Passivlegitimation für die Hauptsache genommen worden sei derart, daß ihre Erklärung in der Ber.-Verhandlung nur die Folgerung aus dieser Erledigung gezogen habe, oder ob das Gegenteil der Fall war. Die Meinung der Beklagten ist jedoch unzutreffend. Der Anspruch, den sie auf den Hafer erhoben hatten, fiel nicht in sich zusammen durch die Einleitung der Zw.-Verwaltung. Diese hinderte sie nicht, ihren Widerspruch gegen eine Verfügung des ursprünglichen Klägers über den Hafer mit der Wirkung aufrechtzuerhalten, daß dieser, selbst wenn der Zw.-Verwalter sein Recht auf den Hafer anerkennen oder zu einer solchen Anerkennung verurteilt werden sollte, erst ihrer Verurteilung bedurfte, um über den Hafer verfügen zu können. Hatten sie es einmal für angezeigt gehalten, gegen eine Verfügung des Klägers über den Hafer Widerspruch zu erheben, so mußten sie diesen auch, wenn sie die Kostenlast nicht auf sich laden wollten, aufrechterhalten und die Abweisung der Klage herbeiführen. Die Selbständigkeit des Vorgehens der Beklagten und ihrer weiteren Haltung gegenüber dem Anspruch des Th. tritt besonders scharf bei dem Beklagten Sch. hervor, der der Klage noch den Einwand der Gläubigeranfechtung entgegengesetzt hat, also einen Rechtsbehelf, der dem Zw.-Verwalter verschlossen war.

Hiernach treffen die Beklagten als sachfälligen Teil die Kosten des Rechtsstreits (§§ 91. 100 ZPO.)."

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 3. Nov. 1915. Th.s Erben (Kl.) w. Darl.-V. L. u. Gen. 3 O. 63/15. —ll.

---

98. Die Möglichkeit einer Aussetzung nach dem Kriegs-Schutz-Gesetze v. 4. Aug. 1914 rechtfertigt nicht die Ablehnung einer Terminsansetzung.

ZPO. § 247. 261; KriegsSchutzGes. v. 4. Aug. 1914 § 2.

Es besteht kein Rechtsgrund, über die Wortfassung des § 2 des Kriegs-Schutz-Gesetzes v. 4. August 1914 (RGBl. von 1914, 329) hinausgehend auch bei noch nicht anhängigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Ansetzung eines Verhandlungstermins abzulehnen und dadurch einen Gläubiger zu hindern, eine Rechtshängigkeit seines Anspruchs herbeizuführen, obschon er hieran auch dann ein Interesse haben kann, wenn in der Folgezeit die Abgabe einer Entscheidung so lange dem Richter verboten ist, wie der Beklagte zu den Kriegsteilnehmern gehört. Es war daher ohne Rücksicht auf die Frage,

ob demnächst ein Urteil gegen den Beklagten ergehen darf oder nicht, der Beschwerde stattzugeben wie geschehen.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (Fer.-Ziv.-Sen.) v. 15. Sept. 1915. R. (Kl.) w. M. Bs. III 131/15. B.

---

99. Bei sog. eventueller Klagenhäufung ist die Erlassung eines Teilurteils über den Hauptanspruch unzulässig.

Vgl. 55 Nr. 44.
ZPO. § 301.

Um den Ausbruch des Konkurses von der Firma Gebr. F. & A. B. abzuwenden, trat der Beklagte mit den Gläubigern in Unterhandlungen, die nach der Darstellung der Kläger mit dem Abschluß eines Vertrages v. 31. Okt. 1910 endeten, durch welchen der Beklagte die Forderungen in Höhe von 70% kaufte und so den Konkurs abwendete. Die Zahlung sollte in gewissen Zeitabständen erfolgen und zur Sicherstellung der Gläubiger sollte der Beklagte sogleich gute, sichere Hypotheken zur Höhe von 70% der Forderungen an den Rechtsanwalt D. als Treuhänder übergeben. Der Beklagte weigerte sich demnächst, der letztgenannten Verpflichtung nachzukommen, weil der Vertrag nicht zu Recht bestehe. Die Kläger, die zu den Gläubigern gehörten, verlangten mit der Klage in erster Linie auf Grund jenes Vertrages Verurteilung des Beklagten zur Hergabe der Hypotheken sowie Feststellung der Rechtsbeständigkeit des Vertrages. Für den Fall aber, daß die Klage insoweit nicht begründet sein sollte, verlangten sie event. Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des vollen Betrages ihrer Forderungen mit der Begründung, daß der Beklagte tatsächlich Teilhaber der Firma Gebr. F. & A. B. gewesen sei, auch durch einen mit den andern Inhabern der Firma geschlossenen selbständigen Vertrag Schulden wie Forderungen der Firma übernommen habe. Der Beklagte bestritt die Behauptungen der Kläger und erhob verschiedene Einwendungen. — In 1. Instanz wurde durch Teilurteil die Klage hinsichtlich des Hauptanspruchs abgewiesen und die Entscheidung über den Eventualantrag weiterer Verhandlung vorbehalten. Das Ber.-Gericht hob auf und verwies zurück. Gründe:

„Nach § 260 ZPO. können mehrere Ansprüche eines Klägers gegen denselben Beklagten, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in Einer Klage geltend gemacht werden, wenn für die sämtlichen Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist. Nach § 301 ZPO. kann das Gericht, wenn in solchem Falle nur der eine der mehreren Ansprüche zur Endentscheidung reif ist, diese durch Teilurteil erlassen.

Im vorliegenden Falle werden mit der Klage von sämtlichen Klägern zwei Ansprüche geltend gemacht. Der eine gründet sich auf einen Vertrag v. 31. Okt. 1910 und richtet sich auf Verurteilung des Beklagten zur Sicher-

stellung sowie auf Feststellung der Rechtsbeständigkeit des Vertrages. Der andre Anspruch gründet sich auf andre Tatsachen, die mit jenem Vertrage unstreitig keinerlei Zusammenhang haben, und richtet sich auf Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung der Forderungen der Kläger. Darnach handelt es sich im vorliegenden Fall zwar um eine Klagenhäufung, jedoch um eine solche, die die Besonderheit bietet, daß die verschiedenen Ansprüche nicht selbständig nebeneinander geltend gemacht werden, sondern daß der zweite Anspruch nach der ausdrücklichen Erklärung der Kläger nur erhoben sein soll für den Fall, daß der erste Anspruch nicht für begründet erachtet wird. Der zweite Anspruch ist also nur bedingt geltend gemacht. Eine derartige, dem Gesetze an sich fremde sog. event. Klagenhäufung ist im Gegensatz zu der Ansicht einer Anzahl von Kommentatoren (vgl. Stein[10] Bem. II. 3 zu § 260) in ständiger Rechtsprechung, der der Senat sich anschließt, für zulässig erachtet worden (RGEntsch. 77, 120). Es fragt sich daher, ob die Vorschrift des § 301 ZPO. bei sinngemäßer Auslegung auf den Fall der event. Klagenhäufung analog anwendbar ist. Diese Frage war zu verneinen.

Der Sinn jener Vorschrift ist, daß bei Entscheidungsreife eines rein quantitativen Teils des Streitgegenstandes, der von dem Fortgange des übrigen Prozesses nicht berührt wird, durch Erlaß eines Teilurteils der Klärung des Prozeßstoffs und der schnellen Entscheidung über den spruchreifen Teil gedient werden soll. Bei der event. Klagenhäufung handelt es sich aber bei der Entscheidung über den Hauptanspruch nicht um eine solche über einen quantitativen Teil des Streitgegenstandes. Haupt- und Eventualanspruch bilden vielmehr ein einheitliches Ganzes (RGEntsch. 77, 125), sie stehen nicht selbständig, nicht vereinzelt nebeneinander, sondern greifen ineinander. Der Eventualanspruch ist bedingt durch das Nichtbestehen des Hauptanspruchs; dieser bedingt mithin jenen. Daraus ergibt sich, daß die Entscheidung über den Hauptanspruch stets von Wirkung ist auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Eventualanspruchs. Die Erwägungen, die zu der Aufnahme der Vorschrift des § 301 ZPO. geführt haben, passen daher nicht auf den hier vorliegenden Fall der nur event. Klagenhäufung. Angesichts der Einheitlichkeit und des Ineinandergreifens von Haupt- und Eventualanspruch verbietet sich die analoge Ausdehnung jener Gesetzesbestimmung. Sie würde auch nach Sachlage weder einem praktischen Bedürfnis entsprechen, noch für zweckmäßig erachtet werden können, da andernfalls die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen wäre, daß in verschiedenen Instanzenzügen sowohl dem Haupt- wie auch dem Eventualanspruch entsprochen werden könnte, ein Ergebnis, das dem ausdrücklich erklärten Willen des Klägers zuwiderliefe und der Billigkeit widerspräche.

War sonach die obengestellte Frage verneinend zu beantworten, so war das angefochtene Teilurteil prozessual unzulässig. Dieser wesentliche Mangel des Verfahrens 1. Instanz mußte nach Sachlage gemäß § 539 ZPO. zur Auf-

hebung der landgerichtlichen Entscheidung und zur Zurückverweisung führen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 28. Sept. 1915. K. u. Gen. (Kl.) w. F. W. U. Bf. III. 126/15 B.

---

100. Recht des Handelsmäklers zur Zeugnisverweigerung.

ZPO. § 384³.

Die Mitglieder des klagenden Vereins sind satzungmäßig verpflichtet, bei Kaufabschlüssen mit Nichtmitgliedern einen erheblichen Prozentsatz des Kaufpreises an die Vereinskasse abzuführen. Der klagende Verein berief sich für das Vorliegen solchen Abschlusses auf das Zeugnis des vermittelnden Maklers, der jedoch sein Zeugnis verweigerte. Die Weigerung wurde in der Beschwerdeinstanz für berechtigt erklärt. Gründe:

„Der Zeuge St. ist Handelsmäkler. Er hat das in Frage kommende Geschäft zwischen der Beklagten und ihrem Vertragsgegner vermittelt. Würde er gezwungen, die Fragen des landgerichtlichen Beweisbeschlusses zu beantworten, so würde er damit dem klagenden Verein offenbaren müssen, wer der Vertragsgegner der Beklagten sei und ob dieser zu den in § 3 der Satzung der Klägerin bezeichneten Personen gehöre. Dadurch würde die Beklagte in Gefahr gebracht werden, den in der erwähnten Satzung vorgesehenen Prozentsatz des Verkaufspreises an die Klägerin abführen zu müssen, dadurch aber würde wiederum anderseits auch das geschäftliche Interesse des Vertragsgegners der Beklagten in Mitleidenschaft gezogen werden können. Nun steht aber der Handelsmäkler in einer Art Treueverhältnis zu den Parteien des von ihm vermittelten Geschäfts. Er hat zwar die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des § 100 HGB., ein Tagebuch, enthaltend alle Einzelheiten der vermittelten Geschäfte, zu führen. Er hat auch die vom Landgericht beregte Offenbarungspflicht des § 101 HGB., diese jedoch nur gegenüber den Vertragsparteien, nicht gegenüber Dritten. Auch kann zwar das Gericht nach § 102 HGB. in einem Rechtsstreit der beiden Vertragsteile auch von Amts wegen die Vorlegung des Tagebuchs des Mäklers anordnen, jedoch nur behufs Vergleichs mit der Schlußnota, den Auszügen oder andern Beweismitteln, nicht aber um darüber hinaus den Inhalt des Tagebuchs zu erforschen und dadurch der beweispflichtigen Partei Material zu verschaffen (Staub HGB.⁹ 1, 463 Anm., Abs. 1 zu § 102).

Nach allem würde der Zeuge die Fragen des landgerichtlichen Beweisbeschlusses nicht beantworten können, ohne ein Gewerbegeheimnis zu offenbaren, an dessen Nichtoffenbarung er nach Sachlage ein erhebliches eigenes Geschäftsinteresse hat.

Der angefochtene Beschluß war daher aufzuheben und die Zeugnisverweigerung gemäß § 384³ ZPO. für berechtigt zu erklären."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 4. Jan. 1916. Bs. Z. III. 171/15. B.

---

101. Die vom Vollstreckungsgericht angeordnete Übertragung der gepfändeten Sachen auf den Pfändungsgläubiger ist eine behördliche Maßnahme; Wirkung auf Rechte Dritter?

Vgl. 52 Nr. 211; 62 Nr. 171; 65 Nr. 82.
ZPO. § 825; BGB. § 936.

Die Eheleute W. waren Mieter des Beklagten; der Mietvertrag war vom 25. Januar 1911. Auf Grund von wegen Mietforderungen erstrittenen Urteilen und Kostenfestsetzungs-Beschlüssen ließ der Beklagte im Juli und August 1915 Pfändungen in bewegliche Sachen, die sich in der Wohnung der Eheleute W. befanden, vornehmen. Dieselben Sachen hatte der Kläger bereits am 1. und 5. Nov. 1912 pfänden lassen und in Gemäßheit Beschlusses des Amtsgerichts H. v. 22. Nov. 1912 hatte am 6. Januar 1913 der Gerichtsvollzieher P. das Eigentum der in seinem Protokoll aufgeführten Sachen zu den Taxpreisen des Gerichtsvollzieheramts auf den Kläger übertragen. — Kläger klagte auf Unzulässigkeit der Pfändungen des Beklagten, während dieser geltend machte, daß das Eigentum der Sachen, wenn Kläger es erworben habe, mit seinem Vermieterpfandrecht belastet gewesen wäre. Die Klage wurde abgewiesen. Gründe:

„Mit Gaupp-Stein Bem. 3 zu § 825 ZPO. sieht das Ber.-Gericht in der auf Grund einer Anordnung des Vollstr.-Gerichts gemäß § 825 ZPO. erfolgenden Übereignung gepfändeter Mobilien auf den Pfändungsgläubiger nicht ein Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts, sondern eine gerichtliche Maßnahme, einen behördlichen Akt (vgl. Hans. OLG. in SeuffA. 65 Nr. 166). Das führt aber nicht dazu, ihr eine weitergehende Wirkung beizumessen, als sie nach der ihr zugrunde liegenden Anordnung des Vollstr.-Gerichts haben sollte. Das Amtsgericht hat in seinem Beschlusse v. 22. Nov. 1912 angeordnet, daß die fraglichen Pfandsachen zu den Taxpreisen des Ger.-Vollziehers dem Gläubiger zu übertragen seien, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen. Eine solche, der jahrelangen Praxis des Amtsgerichts Hamburg entsprechende Einschränkung widerspricht keiner zwingenden Vorschrift des Gesetzes. Es blieben also dem Eigentum des Gläubigers entgegenstehende oder einschränkende Rechte Dritter erhalten. Ein solches Recht war das Vermieterpfandrecht des Beklagten, das, selbst wenn die zur Zeit der Übereignung fällig gewesene Miete bezahlt gewesen sein sollte, schon damals für den Mietzins des laufenden und des folgenden Mietjahrs geltend gemacht werden konnte (§ 559 Satz 2 BGB.). Daß dieses Pfandrecht durch Zahlung der Mietzinsbeträge

oder in andrer Weise in Wegfall gekommen sei, ist von keiner Seite behauptet. Kläger als Eigentümer der dem Pfandrecht des Beklagten unterliegenden beweglichen Sachen kann also die Geltendmachung des Pfandrechts nicht hindern.

Die Klage ist somit abzuweisen. Sie wäre es auch, wenn mit dem OLG. Dresden (SeuffA. 62 Nr. 171) und mit Reichel (JheringsJ. 53, 141; vgl. auch RG. in SeuffA. 52 Nr. 211) in der Übereignung ein Vorgang des bürgerlichen Rechts zu sehen wäre. Es würden alsdann nach BGB. § 936 Abs. 1 Satz 3, da die Veräußerung im Wege des constitutum possessorium (BGB. § 936) erfolgt ist, Rechte Dritter erst erloschen sein, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sachen erlangt hätte. Dies ist nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien nicht der Fall."

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 20. Dez. 1915. Fr. A. w. A. H. Bf. I. 405/15. Nö.

102. Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Besorgnis der Befangenheit.

Vgl. 47 Nr. 57 m. N.; 70 Nr. 74.
ZPO. §§ 1032. 42.

Zwischen der D. Dampfsch.-Ges. K. und der Firma S. & Co. war eine Anzahl gleichartiger Verträge über die Verschiffung von Salpeter abgeschlossen worden, in denen für die Entscheidung von Streitigkeiten aus den Verträgen die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vorgesehen war. Als infolge des Krieges Meinungsverschiedenheiten über die Ausführung der Verträge entstanden, wurde die Entscheidung einem Schiedsgericht übertragen, für das die Firma S. & Co. den Schiedsrichter B. ernannte. Das Schiedsgericht entschied gegen die Dampfsch.-Gesellschaft. Als zur Entscheidung einer zweiten Meinungsverschiedenheit die Firma S. & Co. wiederum den Schiedsrichter B. ernannte, lehnte die Gegenpartei ihn ab, doch wurde das Ablehnungsgesuch in beiden Instanzen abgewiesen, vom Beschwerdegericht mit folgenden Gründen:

„Dem Landgericht ist darin beizustimmen, daß eine Ablehnung des Schiedsrichters B. nicht lediglich aus dem Grunde wegen Besorgnis der Befangenheit erfolgen kann, weil dieser in einer gleichliegenden Sache eine Rechtsansicht zum Ausdruck gebracht hat, die der Antragstellerin ungünstig ist. Allerdings ist die Ablehnung eines Schiedsrichters nicht allein davon abhängig, daß das wirkliche Bewußtsein einer Parteilichkeit zu ersehen ist, vielmehr genügt das Vorliegen eines Grundes, der nach der persönlichen Anschauung des Ablehnenden geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Schiedsrichters zu rechtfertigen. Aber dabei darf sich der Richter nicht mit einem rein persönlichen Mißtrauen dieser Partei genügen lassen, vielmehr nur dann die Ablehnung als berechtigt anerkennen, wenn Tatsachen vorliegen, die in den Augen eines vernünftig denkenden Menschen geeignet sind, Mißtrauen bezüglich der Unparteilichkeit des Schiedsrichters zu erregen, die also sachlich dieses Mißtrauen rechtfertigen und nicht nur in dem Glauben

der ablehnenden Partei wurzeln. Dazu genügt aber nach allgemein anerkannter Rechtsprechung (vgl. die Entscheidung des bayer. Obersten LG. in SeuffA. 70 Nr. 74) nicht die Tatsache, daß ein Richter in früheren Prozessen bereits einmal gegen die ablehnende Partei entschieden hat. — — —"

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 30. Okt. 1915. Deutsche Dampfsch.-Ges. K. w. S. & Co. Bs. VI. 138/15. Nö.

---

103. Vereinbarung eines ausländischen Schiedsgerichts; welches Gericht ist für die Ernennung der Schiedsrichter zuständig und nach welchem Recht haben diese zu entscheiden?

Vgl. 65 Nr. 1.
ZPO. §§ 1045. 1025.

In einem Frachtvertrage zwischen einer norwegischen und einer deutschen Firma war bestimmt, daß event. ein Schiedsgericht aus zwei in Christiania ansässigen Kaufleuten zusammentreten solle, wovon jede Partei einen zu bestellen habe. Nach Eintritt eines Streitfalls weigerte die deutsche Firma sich, sich auf das Schiedsgericht einzulassen, ernannte auf alle Fälle einen Rostocker Kaufmann zum Schiedsrichter, und berief sich u. a. auf das Ausländermoratorium. Der Antrag der norwegischen Firma, das Landgericht zu Rostock, dem Wohnsitz der verklagten Firma, möge einen Schiedsrichter ernennen, wurde abgelehnt; in 2. Instanz aus folgenden Gründen:

„In dem Frachtvertrage, der den vertraglichen Beziehungen der Parteien zugrunde liegt, ist über den Erfüllungsort weiter nichts bestimmt als daß bestimmte Zahlungen in Christiania erfolgen sollen. Über das Schiedsgericht, welches wegen etwaiger auf Grund des Vertrages entstehender Streitigkeiten entscheiden soll, ist aber gesagt, daß es aus zwei Kaufleuten in Christiania bestehen soll. Hieraus ist zu entnehmen, daß das Schiedsgericht in Christiania oder doch überhaupt in Norwegen seinen Sitz haben soll. Es besteht zwar die Möglichkeit, daß die in Christiania ansässigen Geschäftsleute bei einem zufälligen Zusammentreffen außerhalb Norwegens ihren Schiedsspruch abgeben oder sich besonders zu diesem Zweck ins Ausland begeben, etwa an den derzeitigen Liegeplatz des Schiffes. Aber derartige Möglichkeiten liegen so fern, daß sie offenbar von den Vertragsparteien nicht ins Auge gefaßt worden sind und auch jetzt nicht zu berücksichtigen sind.

Wenn somit nach dem Willen der Parteien das Schiedsgericht aus in Christiania ansässigen Kaufleuten bestehen und in Christiania seinen Sitz haben soll, so ist daraus der weitere Schluß zu ziehen, daß auf das Verfahren norwegisches Recht Anwendung finden soll (vgl. Kohler in GruchotsBeitr. 31, 490). Die Parteien können nicht erwarten, daß die Schiedsrichter die Prozeßvorschriften eines für sie fremden Rechts kennen und darnach verfahren. Hieraus folgt, daß norwegisches Recht auch anzuwenden ist bezüglich der Frage, ob und unter welchen Umständen das staatliche Gericht anstelle

einer Partei einen Schiedsrichter zu ernennen habe; desgleichen welches Gericht dafür zuständig ist. Es ergibt sich aber auch die weitere Folge, daß für die Ernennung überhaupt nur norwegische Gerichte in Frage kommen können. Die Annahme, daß für die den Staatsgerichten obliegenden Hülfshandlungen bei norwegischen Schiedsgerichten deutsche Gerichte berufen seien, müßte zu Unzuträglichkeiten führen, zumal wenn man berücksichtigt, daß nach § 1047 ZPO. das zuerst angerufene deutsche Gericht auch weiterhin für alle gerichtlichen Handlungen zuständig bleiben würde. So wird denn auch von

Wadlinger ZwVollstreckung ausländischer Schiedssprüche 36—40; Kohler a. a. O. 493; von Bar Internat. Privatr.[2] 2, 538 ff.,

die Mitwirkung der im Staate des Sitzes des Schiedsgerichts bestehenden Gerichte ohne weiteres vorausgesetzt. Da somit die Ernennung eines Schiedsrichters für die Antragsgegnerin durch ein norwegisches Gericht, nicht aber durch das Landgericht zu Rostock, welches an sich für die Entscheidung nach § 1045 ZPO. zuständig ist, zu erfolgen hat, so ist der gestellte Antrag im Ergebnis mit Recht zurückgewiesen worden.

Die in der Beschwerde ausgesprochene Befürchtung, daß der Antragsteller bei Nichtgewährung seines Antrages rechtlos werden könnte, ist nicht stichhaltig. Er hat sich mit dem Antrage an das zuständige norwegische Gericht zu wenden, und wenn dieses einen Schiedsrichter ernannt und das Schiedsgericht seine Entscheidung gefällt hat, so kann der Antragsteller, falls der Antragsgegner nicht freiwillig einer gegen ihn etwa ergehenden Verurteilung Genüge leistet, zwar nicht ein Vollstr.-Urteil aus § 1042 ZPO. erlangen, wohl aber eine Klage auf Erfüllung des Schiedsspruchs gemäß den vom Reichsgericht in RGEntsch. 30, 368 ff. dargelegten Grundsätzen erheben. Dabei ist dann von dem deutschen Gericht nur zu prüfen, ob der Schiedsspruch nach norwegischem Recht ordnungmäßig ergangen ist. Dieser Weg ist allerdings nicht gangbar, wenn das norwegische Recht eine gerichtliche Ernennung von Schiedsrichtern garnicht kennt. In diesem Fall aber wird die Schiedsgerichtsklausel durch die Weigerung, einen in Christiania ansässigen Kaufmann, dessen Staatsangehörigkeit übrigens gleichgültig sein würde, zu ernennen, hinfällig, und einer Klage aus dem Vertrage kann dann der Antragsgegner den Einwand des Schiedsgerichts nicht mehr entgegensetzen. Zu bemerken ist dabei noch, daß die Zulässigkeit der Erfüllungsklage wie der Vertragsklage davon abhängt, ob in dem Zeitpunkt ihrer Erhebung noch die Bestimmungen der Bekanntm. v. 7. August 1914 über die Geltendmachung von Ansprüchen von im Auslande wohnenden Personen gelten, während sie für das Schiedsverfahren auch dann nicht in Betracht kommen würden, wenn darauf deutsches Recht Anwendung fände."

Beschluß des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 28. Sept. 1915. Fr. w. W. 23a. S. A. 1. 15. K—n.

I. Bürgerliches Recht.

104. Wohnsitz; der in Kriegszeiten zum Dienst einberufene Landsturmmann dient nur zur Erfüllung der Wehrpflicht.

BGB. § 9; RMilG. § 38; ZPO. § 13.

Der Beschwerdeführerin war unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses das Armenrecht für den von ihr anhängig zu machenden Scheidungsprozeß zu bewilligen, da auch die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts nach § 606 Abs. 1 ZPO. gegeben ist.

Nach § 13 ZPO. wird der allgemeine Gerichtsstand einer Person durch den Wohnsitz und nach § 16 ZPO. in Ermangelung eines solchen durch den Aufenthaltsort bestimmt. Der Wohnsitz wird gemäß § 7 BGB. durch ständige Niederlassung begründet und durch Aufhebung der Niederlassung mit dem Willen sie aufzugeben aufgehoben. Die ständige Niederlassung erfordert den Willen, den Ort bleibend zum Mittelpunkt der Lebensverhältnisse zu machen. Das Beschwerdegericht ist der Anschauung, daß der Ehemann Z. — abgesehen von den unten folgenden Erörterungen — seinen Wohnsitz in München nicht aufgegeben hat; der Gerichtsstand des § 16 ZPO. bleibt deshalb außer Betracht.

Nach § 9 Abs. 1 BGB. hat eine Militärperson ihren Wohnsitz am Garnisonorte; dieser ist unabhängig von ihrem Willen ihr Niederlassungs-, nicht nur Aufenthaltsort. Diese Ausnahme in der Wohnsitzbestimmung des § 7 BGB. findet aber keine Anwendung auf Militärpersonen, „die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen" (§ 9 Abs. 2 BGB.). Nach Anschauung des Beschwerdegerichts trifft dies für den Ehemann Z., der zurzeit Landsturmmann in Hannover ist, zu, so daß für die Bestimmung seines Wohnsitzes nicht § 9 Abs. 1, sondern § 7 BGB. maßgebend ist.

Der § 38 RMilG. v. 2. Mai 1874 (RGBl. 45) bestimmt nicht, welche Militärpersonen zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen, sondern lediglich, welche Militärpersonen zum aktiven Heere gehören. Hiernach gehört Z. als zum aktiven Dienst einberufener Landsturmmann nach § 38B zum aktiven Heere; er wird — weil in Kriegszeiten einberufen — den im Frieden ausgehobenen Rekruten (§ 38A Nr. 3) bezüglich „der Dienstpflicht im aktiven

Heere" gleichgestellt (§ 109 WehrO.). Dies schließt aber nicht aus, daß er zur Erfüllung seiner Wehrpflicht dient. Im Gegenteil: die Ableistung der Dienstpflicht im aktiven Heere bildet lediglich eine bestimmte Art der Erfüllung der Wehrpflicht, die in die Dienstpflicht — diese wiederum in die Dienstpflicht im stehenden Heere, die Landwehrpflicht rc. — und in die Landsturmpflicht zerfällt (§§ 4. 5 WehrO.). Die Landsturmpflicht wird durch den Aufruf der Landsturmpflichtigen zum aktiven Dienst in Kriegszeiten zur Dienstpflicht. Den Gegensatz zu der Militärperson, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dient, bildet im Frieden und im Kriege der Berufssoldat. Ebenso wie der ausgehobene Rekrut, der seine Dienstpflicht im aktiven Heere ableistet, nur zur Erfüllung seiner Wehrpflicht dient, tut dies auch der in Kriegszeiten zum aktiven Dienst aufgerufene und deshalb zum aktiven Heere gehörige Landsturmmann; beide erfüllen nur ihre Wehrpflicht — Dienstpflicht und Landsturmpflicht — und beide stehen denjenigen Militärpersonen gegenüber, die nicht oder wenigstens nicht nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen und die mit der Bezeichnung der „Berufssoldaten" zusammengefaßt werden können.

Die im Komm. von RGRäten zu § 9 BGB. vertretene Annahme eines gesetzlichen Wohnsitzes für alle in § 38B aufgeführten Militärpersonen beruht auf der Gleichstellung der Zugehörigkeit zum aktiven Heere mit der Eigenschaft des Berufssoldaten; diese wird durch die Teilung der Klassen in § 38A selbst in Berufssoldaten (Nr. 1 und 2) und in ausgehobene Rekruten (Nr. 3) widerlegt. — — —

Beschluß des OLG. München (3. Sen.) v. 25. Jan. 1916; Z. w. Z. Beschw.-Reg. 23/16. F—z.

---

105. Die zur Verarbeitung bestimmten Rohstoffe* sind nicht Zubehör des Fabrikgrundstücks (anders Kohlen und Baumittel).**

*Vgl. 65 Nr. 157. — **Vgl. 69 Nr. 230 m. N.
BGB. §§ 97 ff.

Die Klägerin wollte mit dem ihr in der Zw.-Versteigerung zugeschlagenen Fabrikgrundstück des L., auf welchem kunstgewerbliche Möbel hergestellt wurden, ohne weiteres auch die zu solcher Verarbeitung bestimmten Hölzer erworben haben, die teils auf diesem Grundstück selbst, teils auf gemieteten Plätzen lagerten. Sie klagte gegen die W. Vereinsbank, der L. seine Holzvorräte zur Sicherung übereignet hatte, auf Duldung der Wegnahme. Die 1. Instanz erkannte diesen Anspruch bezüglich der auf dem Fabrikgrundstück selbst lagernden Hölzer an. In 2. Instanz wurde die Klage im ganzen Umfange abgewiesen. Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen. — Aus den Gründen:

„— — — Dem Ber.-Richter ist darin beizutreten, daß die Holzvorräte deswegen nicht Zubehör der Möbelfabrik sind, weil sie nicht dazu bestimmt sind, dem wirtschaftlichen Zweck der Fabrik als der Hauptsache zu dienen.

Zwar kann eine Fabrik, die, wie eine Möbelfabrik, darauf eingerichtet ist, aus bestimmten Rohstoffen in den Verkehr zu bringende Fabrikwaren herzustellen, ihre Zweckbestimmung nicht erfüllen, wenn ihr nicht Rohstoffe der betreffenden Art zur Verarbeitung zugeführt werden. Aber die Rohstoffe dienen nicht dem wirtschaftlichen Zweck der Fabrik als der Hauptsache. Begrifflich „dient" eine Sache einer anderen als der „Hauptsache", wenn sie dieser als Hülfssache untergeordnet ist, wenn sie zu der Hauptsache im Abhängigkeitsverhältnis steht. Die Rohstoffe aber sind nicht der Fabriksache als Hülfssachen untergeordnet. Vielmehr stehen sie und die Fabriksache hinsichtlich der Selbständigkeit als gleichwertig und gleichwichtig zu achtende, voneinander unabhängige Sachen sich gegenüber. Allerdings sollen aus ihnen dadurch, daß sie im Betriebe der Fabrik umgearbeitet oder verarbeitet werden, Fabrikwaren hergestellt werden. Aber daraus folgt nur, daß, wie die Fabriksache ihrer, so sie der Fabriksache bedürfen, um der Zweckbestimmung zugeführt zu werden. Daher sind Vorräte an Rohstoffen, die auf ein Fabrikgrundstück gebracht worden sind, um im Betriebe der Fabrik zu Fabrikwaren umgearbeitet oder verarbeitet zu werden, nicht dem wirtschaftlichen Zwecke der Fabriksache als der „Hauptsache" zu „dienen" bestimmt. Für die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung spricht wesentlich, daß § 98 Nr. 1 BGB. bei einem für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäude, insbesondere bei einer Fabrik, als dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt nur die zu dem Betriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Gerätschaften erklärt, nicht auch Vorräte an Rohstoffen, die im Betriebe umgearbeitet oder verarbeitet werden sollen. Der 1. Entwurf z. BGB. enthielt im § 791, wenn auch in andrer Fassung, so doch dem Inhalt nach eine gleiche Vorschrift. Nach den Motiven (3, 66) sollte gegenüber der in Gebieten des gemeinen Rechts verbreiteten Anschauung, daß bei einem zum Betriebe eines Gewerbes eingerichteten Gebäude das Inventar regelmäßig nicht den Zwecken des Grundstücks, sondern nur den persönlichen Zwecken des Besitzers diene, im Anschluß an neuere Gesetzbücher, namentlich an die §§ 48 bis 102 preuß. ALR. I. 2 klargestellt werden, daß zu dem Zubehör eines zu einem gewerblichen Zweck auf die Dauer eingerichteten Gebäudes, insbesondere einer Fabrik, auch die dem gewerblichen Zweck dienenden Maschinen und sonstigen Gerätschaften gehörten. Das preuß. ALR. aber bestimmte im § 93 I. 2:

> Zu den Pertinenzstücken einer Fabrik werden nur die zu deren Betrieb bestimmten Gerätschaften, **nicht aber die vorrätigen Materialien**, oder in der Arbeit befindlichen und noch weniger die bereits verarbeiteten Sachen gerechnet.

Hätte man sich hierzu bezüglich der vorrätigen Materialien, d. i. der Vorräte an Rohstoffen, die im Betriebe einer Fabrik verarbeitet werden sollen, in Gegensatz stellen und diese Sachen ebenfalls als Zubehör einer Fabrik angesehen wissen wollen, so hätte es nahe gelegen, dies im Gesetze zum Ausdruck zu bringen.

Demnach sind die auf einem Fabrikgrundstück lagernden Vorräte an Rohstoffen nicht als Zubehör der Fabrik zu erachten. Anders verhält es sich mit Kohlenvorräten, die das Reichsgericht (Entsch. 77, 36) als Fabrikzubehör erklärt hat. Solche Vorräte sind dazu bestimmt, als Hülfssachen dem wirtschaftlichen Zweck der Fabriksache als der Hauptsache zu dienen; denn die lagernden Kohlen haben die Bestimmung, durch ihre Verwendung zur Feuerung der Maschinen als Hülfsmittel des Betriebes den wirtschaftlichen Zweck der Fabriksache zu fördern. Anders verhält es sich auch mit der sog. Materialreserve für eine Fabrik sowie mit den auf einem Baugrundstück lagernden Baumittelstücken. Die vom erkennenden Senat (Entsch. 66, 356) als Zubehör der Fabrik erklärte Materialreserve ist dem wirtschaftlichen Zweck der Fabrik als der Hauptsache zu dienen bestimmt, indem sie als Hülfssache durch Verwendung zur Ausbesserung oder zum Ersatz abgenutzter Teile die Fabrik betriebsfähig erhalten soll. Die Baumittelstücke ferner, die ebenfalls vom erkennenden Senat (Entsch. 84, 284 und SeuffA. 69 Nr. 230) als Zubehör des Baugrundstücks erklärt worden sind, haben die Bestimmung, dem wirtschaftlichen Zweck des Baugrundstücks, das durch Bebauung nutzbar gemacht werden soll, als Hülfssachen zur Ermöglichung der Bauausführung zu dienen. — — —

Hiernach sind die streitigen Holzvorräte, als die Klägerin das zur Möbelfabrikation eingerichtete Grundstück zugeschlagen erhielt, nicht Zubehör der Möbelfabrik gewesen und hat sie daher die Klägerin nicht gemäß §§ 20. 55. 90 ZVG., § 1120 BGB. durch den Zuschlag zum Eigentum erworben.

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 17. März 1915. St. & F. (Kl.) w. W. V. (OLG. Stuttgart). V. 487/14. Auch in RGEntsch. 86 Nr. 80 S. 326.

---

106. Auslegungspflicht des Richters bei einem mehrdeutigen Vertrage.

Vgl. 66 Nr. 3.
BGB. §§ 157. 133.

Die Parteien, zwei Zementfirmen, schlossen am 2. Juni 1910 einen Kartellvertrag, der in § 7 Abs. 3 bestimmte:

„Die Fabrik B. (die Beklagte) nimmt ... ab 1. Januar 1911 im Verhältnis ihres Kontingents zu demjenigen des Gesamtkontingents der Verkaufsstelle (der Klägerin) teil an den Aufwendungen, welche die letztere von diesem Zeitpunkt an zur Verhinderung von Neugründungen oder zur Hebung des Zementabsatzes im Gebiet der Verkaufsstelle macht."

Im März 1912 klagte die Klägerin gegen die Beklagte aus dem Vertrage auf Zahlung von 75262,98 ℳ. Davon forderte sie 10773,98 ℳ als nach § 7 Abs. 3 für das Jahr 1911 geschuldeten Betrag. Der Rechtsstreit

wurde durch einen außergerichtlichen Vergleich erledigt; die Vergleichssumme hat die Beklagte gezahlt. Für das Jahr 1912 forderte die Klägerin auf Grund von § 7 Abs. 3 des Vertrags 14676,87 *M*. Die Beklagte zahlte 5385,68 *M*; die Zahlung des Restes verweigerte sie mit der Behauptung, daß die in Betracht kommenden Aufwendungen keine solchen seien, an denen sie bei richtiger Vertragsauslegung teilzunehmen habe. Die Klägerin klagte darauf auf Zahlung der weiteren 9291,19 *M* nebst Zinsen. Die Beklagte erhob Widerklage auf Rückerstattung des in der Vergleichssumme enthaltenen Betrags von 10371,21 *M* nebst Zinsen; sie machte geltend, daß sie diesen Betrag, der sie bei richtiger Auslegung des Vertrags nicht berühre, ohne rechtlichen Grund gezahlt habe. — Das Landgericht gab der Klage statt, die Widerklage wies es ab. Auf Berufung der Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage ab, während es bezüglich der Widerklage die abweisende Entscheidung des Landgerichts aufrechterhielt. Auf die Revision der Klägerin wurde die Abweisung der Klage aufgehoben und insoweit zurückverwiesen; die Anschlußrevision der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Der Streit der Parteien bewegt sich nur um die Frage, wie in § 7 Abs. 3 des Vertrags v. 2. Juni 1910 die Bestimmung auszulegen ist, daß die Beklagte teilzunehmen habe an den Aufwendungen, welche die Klägerin „zur Hebung des Zementabsatzes" in ihrem Gebiete macht. Die Beklagte will die Bestimmung in dem beschränkten Sinne verstanden wissen, daß sie nur Bezug habe auf Aufwendungen, die gemacht würden zur Steigerung des Zementverbrauchs in den überhaupt für die Abnahme in Betracht kommenden Kreisen. Dagegen fallen nach der Ansicht der Klägerin unter die Bestimmung auch Aufwendungen, die gemacht werden, um den Absatz der beteiligten Fabriken zu steigern, insbesondere die an Konkurrenzfabriken gezahlten Abfindungen, um die es sich hier hauptsächlich handelt. Das Ber.-Gericht tritt dem 1. Richter darin bei, daß die Fassung des Vertrags sprachlich beide Auslegungen zulasse. Weiter ist es der Meinung, die Klägerin habe, soweit sie aus der mehrdeutigen Bestimmung Rechte für sich ableiten wolle, den Beweis zu erbringen, entweder, daß die Parteien über ihre Auslegung beim Vertragsabschluß einig gewesen seien oder, daß ihre Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte geboten sei. Hiervon ausgehend legt es dar, daß der Zweck und Zusammenhang der gesamten Vertragsbedingungen zu der Auslegung der Klägerin „nicht nötige", daß die Aussagen des über den Sinn des Vereinbarten vernommenen Zeugen Sch. „keineswegs schlüssig" seien, daß das an sich für die Auffassung der Klägerin sprechende frühere Verhalten der Beklagten „einen sicheren Schluß" nicht zulasse. Auf diese Beweiswürdigung hin weist es die Klage ab. Umgekehrt ist es bei der Widerklage, die den Parteien Anlaß zu demselben Streit über den Sinn des Vertrags gegeben hat, der Ansicht, daß die Beklagte die Richtigkeit ihrer Auslegung zu beweisen habe.

Diese Behandlung ist grundsätzlich verfehlt. Von einer Beweislast kann bei der Auslegung von Vertragsurkunden nur in dem Sinne die Rede sein, daß eine Partei, die einen bestimmten Vertragsinhalt behauptet und zur Unterstützung ihrer Behauptung außerhalb der Urkunde liegende Tatsachen anführt, im Bestreitungsfall den Beweis für diese Tatsachen zu erbringen hat. Die Auslegung selbst ist eine unter Beachtung von §§ 133. 157 BGB. zu erfüllende Aufgabe des Richters, die an sich mit Beweisführung und Beweiswürdigung nichts zu tun hat. Gleichzeitig ist sie eine Aufgabe, der sich der Richter in der Weise zu unterziehen hat, daß er zu einem bestimmten Ergebnisse kommt, das gleichmäßig für alle Vertragsparteien gilt. Denn eine Vertragsbestimmung kann, wenn sie überhaupt wirksam sein soll, immer nur Einen richtigen Sinn haben. Die danach dem Richter obliegende Aufgabe hat das Ber.-Gericht, das den Vertrag überhaupt nicht auslegt, sondern sich auf die Würdigung einzelner Beweise und beweiserheblicher Tatsachen beschränkt, verkannt. Auf diesem Mangel beruht aber auch bezüglich der Klage die Entscheidung, weil insoweit die Abweisung nur im Hinblick auf den den Anspruch der Klägerin nicht rechtfertigenden streitigen Vertragsinhalt erfolgt ist.

Anders liegt die Sache bei der Widerklage. Das Ber.-Gericht befindet sich zwar hier in dem gleichen Irrtum über die Auslegung wie bei dem zur Klage von ihm Ausgeführten, aber darauf beruht hier die Entscheidung nicht. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 23. April 1915. Südd. Zem.-Verk.-Stelle (Kl.) w. Portl.-Zem.-Werk B. (OLG. Stuttgart). II. 25/15.

---

107. Auslegung der Verabredung, daß die Lieferzeit verlängert werde wenn rechtzeitige Lieferung wegen Krieges unmöglich sei.

Vgl. 45 Nr. 176; 54 Nr. 81; 57 Nr. 236; 68 Nr. 119.
BGB. §§ 275. 157.

Der Beklagte hatte dem Kläger laut Schlußbrief v. 6. Mai 1914 ungefähr 150 Tonnen guten, gesunden Donau-Mais, lieferbar von Mitte Juni bis Ende Oktober, zum Preise von 143 ℳ die Tonne verkauft. Der Schlußbrief enthielt die Abrede:

> Falls die rechtzeitige Lieferung durch Blockade, Krieg, Streik, Ausfuhrverbot, Waggonmangel oder außergewöhnlichen Wasserstand, sowie sonstige elementare Ereignisse unmöglich ist, wird die Lieferzeit für den noch unerledigten Teil des Kontraktes bis nach Aufhebung des Hindernisses prolongiert.

Achtzig Tonnen wurden geliefert. Wegen der übrigen siebzig Tonnen erklärte der Beklagte durch Brief v. 6. August 1914 den Vertrag für aufgehoben, weil die Lieferung unmöglich sei. Kläger wollte dies nicht gelten lassen. Er ließ dahingestellt, ob er während des Krieges Lieferung fordern könne, beantragte aber festzustellen, daß der Vertrag nicht aufgehoben sei,

sondern fortbestehe. — In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen, in 2. Instanz dagegen erkannt, daß der Vertrag fortbestehe. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht hat durch sein Urteil v. 5. Juli 1915 entschieden, daß der Vertrag der Parteien ‚fortbestehe'. Das Urteil hat die Bedeutung, daß an diesem Tage, dem 5. Juli, der Vertrag bestanden hat. Darüber, ob er später, insbesondere wegen Fortdauer der Erfüllungshindernisse aufgehoben sei, hat das Urteil nicht entschieden und konnte es auch nicht entscheiden. Das Rev.-Gericht hat demnach nur zu prüfen, ob das Urteil, so verstanden, dem Recht entspricht.

Das Ber.-Gericht hat sich nicht darüber ausgesprochen, ob während der vor Ausbruch des Krieges bis zum Urteil verstrichenen Zeit der Beklagte wegen der durch den Krieg verursachten Hindernisse von der Pflicht rechtzeitiger Lieferung frei gewesen ist. Dies wird ausdrücklich unentschieden gelassen. Es ist aber auf Grund des feststehenden Sachverhalts anzunehmen. Der Beklagte hat ausdrücklich behauptet, daß die Lieferung wegen des Krieges und der erlassenen Ausfuhrverbote unmöglich gewesen sei. Der Kläger hat dies zugestanden. Es steht also fest, daß die Lieferung dem Beklagten ohne sein Verschulden bis zum Tage des 1. Urteils, dem 1. Mai 1915, unmöglich, und er bis dahin nicht zur Leistung verpflichtet gewesen ist. Daß die Verhältnisse sich während der zwei Monate bis zum Erlaß des Ber.-Urteils irgendwie geändert hätten, hat der Kläger nicht behauptet. Es ist also anzunehmen, daß die Unmöglichkeit der Leistung bis dahin fortbestanden hat.

Aus dieser Tatsache und dem Wesen der Leistung, die den Gegenstand des Vertrages bildet, verbunden mit den Rechtsgrundsätzen, die das Reichsgericht in dem Urteil (RGEntsch. 42, 114, in SeuffA. 54 Nr. 81) aufgestellt hat, ergibt sich, daß der Beklagte von der Leistungspflicht frei geworden ist, es sei denn, daß seine Verbindlichkeit durch die im Tatbestand angeführte besondere Vertragsabrede erweitert wäre. Gemäß dem Ausspruch jenes Urteils, dem der erkennende Senat zustimmt, hat eine zeitweilige Verhinderung der Leistung deren dauernde Unmöglichkeit zur Folge, wenn die notwendige zeitliche Verschiebung so bedeutend ist, daß dadurch die wirtschaftliche Bedeutung und der Inhalt der Leistung wesentlich geändert werden. Dieser Fall ist hier eingetreten. Die rückständigen 70 Tonnen Mais sollten in der Zeit vom August bis Ende Oktober 1914 allmählich geliefert werden. Die Lieferung ist bis Anfang Juli 1915, also während elf Monate, unmöglich gewesen. Der Kläger kann die Lieferung für den Zweck, für den er sie bestellt hatte, nämlich zur Fütterung seiner Pferde während der Vertragszeit, nicht mehr gebrauchen, wenn er auch für sie noch später Verwendung für gleichartigen Bedarf haben wird. Der Beklagte muß, wenn er noch liefern sollte, mit einer späteren Ernte rechnen als mit der er bei Abschluß des Vertrages vernünftigerweise rechnen konnte; seine Vorausberechnungen und

Vorbereitungen der Vertragserfüllung sind durch den Krieg vereitelt. Die wirtschaftliche Bedeutung der Leistung ist also durch die notwendige Verzögerung für beide Teile in wesentlichster Weise verändert, oder — wie das Urteil in Bd. 42 sich mit Recht ausdrückt — der Inhalt der Leistung ist durch die zeitliche Verschiebung ein andrer geworden. Das ist eine Tatsache, deren Eintritt nicht von Vertragsabreden abhängt, die durch solche nicht beseitigt, sondern nur möglicherweise ihrer rechtlichen Erheblichkeit entkleidet werden kann. Wenn also das angefochtene Urteil nur besagte, daß die Parteien beim Abschlusse den Fall längerer Dauer der durch Krieg ꝛc. herbeigeführten Hindernisse nicht bedacht, und über die Folgen im Vertrage nichts bestimmt hätten, so würde die Klage abzuweisen sein. Denn nach dem Gesetze ist der Beklagte frei, weil durch die notwendig gewordene Verzögerung der Inhalt der Leistung wesentlich verändert ist.

Nun ist aber das Ver.-Gericht im zweiten Absatz seiner Gründe in seiner Auslegung der streitigen Abrede hierüber hinausgegangen. Hier heißt es: ‚Die Parteien ... wollten den Vertrag auch bei längeren Verzögerungen der Lieferung aufrechterhalten und nur die Lieferzeit bis zur Hebung des Hindernisses hinausgeschoben haben‘. Ist dies richtig, so ist die Entscheidung zugunsten des Klägers klar. Dann haben die Parteien eben vereinbart, daß der Vertrag ausgeführt werden solle, auch wenn durch zeitliche Verschiebung die wirtschaftliche Bedeutung der Leistung sich gänzlich ändere, und daß also zwischen ihnen bei Eintritt der vorbehaltenen Hindernisse die verabredete Lieferzeit keinesfalls als wesentlich gelten solle. Ein Vertrag dieses Inhalts wäre in hohem Maße ungewöhnlich und der Verkehrssitte widersprechend. Dies zeigt sich auch darin, daß das Schiedsgericht des Vereins der Berliner Getreidehändler in seinem von dem Beklagten vorgelegten Spruche v. 24. Juni 1915 die gleiche Vertragsabrede nicht im Sinne des Ver.-Gerichts verstanden hat. Trotzdem ist die Auslegung des Ver.-Gerichts möglich. Da aber gemäß § 157 BGB. Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so hätte das Ver.-Gericht bei der Auslegung die Verkehrssitte in Betracht ziehen müssen. Es konnte zu seiner Auslegung nur kommen, wenn es die Überzeugung gewann, daß die Parteien hier in der Tat einen Vertrag von ungewöhnlichem, von dem Gebrauche des Verkehrs abweichenden Inhalt haben abschließen wollen und solchen Inhalt in der streitigen Abrede erkennbar zum Ausdruck gebracht haben. Die Gründe des Urteils lassen aber nicht erkennen, daß das Ver.-Gericht sich dies vergegenwärtigt und die Vorschrift des § 157 berücksichtigt habe; vielmehr weist ihr Zusammenhang darauf hin, daß dieser Punkt übersehen ist. — — —

Es mußte deshalb Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache erfolgen."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 4. Jan. 1916. W. (Bkl.) w. H. (KG. Berlin). II. 332/15.

108. Der Beschädigte haftet für ein Mitverschulden seiner Hülfspersonen.

Vgl. 65 Nr. 158 m. N.; 66 Nr. 158; 67 Nr. 125.
BGB. §§ 278. 831.

Als die Dampfdreschmaschine der Beklagten im Anwesen des Klägers arbeitete, geriet dessen Scheune in Brand. Der Kläger führte den Brand auf ein Verschulden der Beklagten und ihres Maschinenführers B. zurück und verlangte Schadenersatz auf Grund Vertrages und wegen unerlaubter Handlung. Der Anspruch wurde dem Grunde nach in 1. Instanz im vollen Umfange, auf die Berufung der Beklagten aber, unter Zurückweisung dieser Berufung im übrigen, zur Hälfte für gerechtfertigt erklärt. Die Revision der Beklagten wie die Anschließung des Klägers wurden zurückgewiesen. — Aus den Gründen:

„— — — Gerechtfertigt ist auch die Ausführung des Ber.-Gerichts, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden der Söhne des Klägers mitgewirkt hat, das ihm nach §§ 254. 278 BGB. wie sein eigenes Verschulden anzurechnen ist. Wäre der Kläger selbst anwesend gewesen, so hätte er in seinem eigenen Interesse die für die Sicherheit seines Eigentums erforderlichen Maßregeln ergreifen müssen, und es träfe ihn eigenes Verschulden, wenn er den Funkenflug beobachtet und doch der offensichtlichen Gefahr nicht durch Einstellung des Dreschens vorgebeugt hätte. Das Gleiche gilt für die Söhne, wenn sie den Vater in der Leitung der Arbeiten vertraten. Sie durften sich auch nicht bei der Antwort des B., das mache nichts, beruhigen; denn die Gefahr war für jeden erkennbar und, wie das Ber.-Gericht feststellt, auch von ihnen erkannt worden. Das Verschulden seiner Söhne muß der Kläger gegen sich gelten lassen.

Das Reichsgericht hat wiederholt anerkannt, daß die in Abs. 2 Satz 2 des § 254 BGB. erwähnte Vorschrift des § 278 auch auf das im Abs. 1 des § 254 behandelte, bei der Entstehung eines Schadens mitwirkende Verschulden anzuwenden ist (RGEntsch. 62, 106; 75 Nr. 25 S. 114, S. 257). Da immer nur eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB. in Frage kommt, so braucht es sich nicht um die Erfüllung einer Verbindlichkeit im Rechtssinn zu handeln. Es genügt, wenn ‚etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches vorliegt, das erfüllt werden kann' (Entsch. 75, 258, in SeuffA. 66 Nr. 158). Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn durch Vertrag ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien begründet ist und innerhalb desselben eine gewisse Tätigkeit, hier die Leitung der Drescharbeiten, dem Beschädigten zusteht. War der Kläger nach dem Vertrage zu dieser Leitung nur berechtigt, nicht verpflichtet, so mußte er doch, wenn er die Folgen des § 254 vermeiden wollte, bei Ausübung dieser Tätigkeit gerade mit Rücksicht auf sein Verhältnis zu den Beklagten die Sorgfalt anwenden, die in seinem eigenen Interesse ge-

boten war. Überließ er das, was er selbst hätte tun sollen, andern Personen so ist es nur folgerichtig, daß er, soweit es sich um die Beobachtung jener Sorgfalt handelt, auch die Verantwortung für diese Personen übernimmt und ihre Nachlässigkeit gegenüber den Beklagten in der gleichen Weise vertritt wie eigenes Verschulden. Das Ber.-Gericht nimmt aber auch einwandfrei an, daß die Söhne des Klägers ihn bei der Leitung der Drescharbeiten vertraten. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 1. Okt. 1915. A. u. Gen. (Bkl.) w. L. (OLG. Augsburg). III. 73/15.

---

109. Über die Haftung für betrügerische Handlungen Angestellter bei der Vertragserfüllung.

Vgl. 42 Nr. 234 m. N.; 66 Nr. 130; 68 Nr. 231.
BGB. §§ 278. 831.

Die Klägerin verlangte für gelieferte Kohlen Zahlung von 3000 *M*. Die Beklagte wandte ein, sie beziehe seit etwa fünfzehn Jahren jährlich für rund 15000 bis 20000 *M* Kohlen von der Klägerin und sei hierbei von deren Leuten in Kenntnis und Einverständnis des Sohnes der Klägerin seit Jahren bis zur letzten Lieferung dadurch übervorteilt worden, daß ihr regelmäßig weniger Kohlen geliefert als in Rechnung gestellt seien. Dadurch sei sie um einen Betrag geschädigt, der mindestens der Klageforderung gleichkomme und der aufrechnungweise als Schadenersatzforderung geltend gemacht werde. — Der Einwand wurde in beiden Instanzen verworfen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Klageforderung selbst ist an sich unstreitig. Die Beklagte macht ihr gegenüber nicht etwa einen Anspruch auf Minderung des Kaufpreises um den Gegenwert derjenigen Ware geltend, die sie im einzelnen zu wenig geliefert erhalten haben will. Sie verlangt vielmehr ganz allgemein Ersatz des Schadens, der ihr dadurch erwachsen sei, daß sie während der etwa fünfzehn Jahre lang gepflogenen Geschäftsverbindung mit der Klägerin ‚seit einer langen Reihe von Jahren' übervorteilt worden sei, indem durch betrügerische Handlungen der beiderseitigen Angestellten, an denen auch Robert B., Sohn und ‚Geschäftsführer' der Klägerin, teilgenommen habe, regelmäßig weniger Kohlen geliefert als in Rechnung gestellt und bezahlt worden seien. Die Beklagte hat unstreitig die Kohlen ausnahmslos auf eigenem Grund und Boden von den Leuten der Klägerin übernommen, hat sie durch ihre eigenen Angestellten verwiegen lassen und auf Grund der Verwiegungsnotizen dieser ihrer Leute sodann der Klägerin Quittung erteilt über die auf diese Weise jeweils als empfangen festgestellten Kohlenmengen. Daraufhin hat die Klägerin ihrerseits die Rechnungen für die Beklagte aufgemacht, die dann von dieser — mit Ausnahme des eingeklagten Betrages— bezahlt worden sind.

Da die Beklagte ausdrücklich hat erklären lassen, daß sie nicht behaupten wolle, die Inhaberin der klagenden Firma habe selbst Kenntnis von den angeblichen Unterschleifen gehabt, so kann für eine Haftung der Klägerin für die behaupteten Unehrlichkeiten ihrer Angestellten zunächst nur der § 278 BGB. in Frage kommen. Darnach hat der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Nach dem nicht streitigen Inhalt der Parteivereinbarungen hatte die Klägerin die jeweils bestellten Kohlen der Beklagten auf deren Platz anzuliefern. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit bediente Klägerin sich der Angestellten, die im Zusammenwirken mit den Leuten der Beklagten den streitigen Schaden verursacht haben sollen.

Es bedarf keiner Ausführung, daß eine Haftung der Klägerin insoweit, als es sich dabei um Veruntreuung bereits übergebener Kohlenmengen handelt, weder nach § 278 noch auch nach § 831 BGB. gegründet werden kann. Soweit es sich aber darum handelt, daß die Beklagte mehr Kohlen bezahlt als sie übergeben erhalten haben will, ist der dadurch entstandene Schaden nach dem Vortrage der Beklagten auf betrügerisches Verfahren der beiderseitigen Leute beim Verwiegen der Kohlen zurückzuführen. Hierfür ist aber eine Haftung der Klägerin gleichfalls nicht gegeben, da es sich insoweit um Verfehlungen ihrer Hülfspersonen handelt, die den Tatbestand selbständiger unerlaubter Handlungen bilden, die mit der Vertragserfüllung selbst nur äußerlich zusammenhängen (RGEntsch. 63 Nr. 86 S. 343). Die Haftung des Schuldners für derartige nur mittelbare Folgen des Verschuldens von Erfüllungsgehülfen regelt sich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Haftung für mittelbar verursachten Schaden überhaupt (Komm. von RGRäten[2] 1, 318, Anm. 3 zu § 278 Abs. 2). Darnach ist aber hier der von der Rechtsprechung geforderte sog. adäquate Zusammenhang zwischen dem durch das Tun der klägerischen Angestellten angerichteten Schaden und der Verwendung der Angestellten durch die Klägerin zum Zweck der Vertragserfüllung nicht gegeben, weil die Beklagte selbst vorträgt, daß die Klägerin von dem behaupteten Treiben ihrer Angestellten keine Kenntnis gehabt habe, diese sonach aus eigener Entschließung vorsätzlich gehandelt haben und die Klägerin unter regelmäßigen Verhältnissen — andre sind hier nicht behauptet worden — mit derartigen unerlaubten Handlungen ihrer Angestellten nicht zu rechnen brauchte, auch keine Rede davon sein kann, daß die objektive Möglichkeit derartiger, die Kunden der Klägerin schädigender Verfehlungen durch die fragliche Verwendung der Leute abseiten der Klägerin erhöht oder begünstigt worden sei (RGEntsch. 69 Nr. 13 S. 57).

Handelt es sich aber sonach um lediglich im äußeren, rechtlich nicht nach § 278 BGB. zu beachtenden Zusammenhange mit der klägerischen Vertragserfüllung begangene unerlaubte Handlungen der Angestellten der Klägerin,

so könnte ihre Haftung nur auf § 831 BGB. gegründet werden. Auch hier würde es sich aber lediglich um Verfehlungen handeln, die nur bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung begangen sind. Daß die Klägerin etwa vorhandene diebische Neigungen ihrer Leute gekannt habe, ist nicht behauptet worden. — — —

Der von der Beklagten geltend gemachte Schadensanspruch stellte sich sonach nicht als begründet dar. Es mag aber noch bemerkt werden, daß die Beklagte, selbst wenn er begründet wäre, in keinem Falle Ersatz des vollen Schadens verlangen könnte, da, wenn die Klägerin für die Verfehlungen ihrer Leute einzustehen hätte, das gleiche für die Beklagte hinsichtlich ihrer eigenen Angestellten zu gelten hätte, so daß der behauptete Schaden in jedem Fall nach § 254 BGB. angemessen zu verteilen wäre.

Die Berufung war sonach als unbegründet zurückzuweisen."

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (3. Sen.) v. 9. Dez. 1915. B. (Kl.) w. N. & N. Bf. III. 467/14. B.

---

110. Sog. Hamburger Arbitrage, Schiedsvertrag oder Bestellung von Schiedsmännern?

Vgl. 64 Nr. 179 m. N.; 69 Nr. 45.
BGB. §§ 317. 157; ZPO. § 1025.

Gegenüber der Klage auf Zahlung von 1476,85 ℳ Preisunterschied aus einem unerfüllt gelassenen Lieferungsvertrage über 1000 Zentner La Plata-Mais hat Beklagte die Einrede des Schiedsvertrages vorgebracht und die Verhandlung zur Hauptsache verweigert.

Das Landgericht hat die Einrede für begründet erklärt und die Klägerin mit ihrer Klage kostenpflichtig abgewiesen. Diese von der Klägerin angefochtene Entscheidung ist zu Unrecht ergangen.

Die Bestimmungen der Schlußnote, soweit sie hier in Frage kommen, lauten folgendermaßen:

> Erfüllungsort für beide Kontrahenten Hamburg. Qualitätsdifferenzen oder sonstige Meinungsverschiedenheiten sind durch freundschaftliche Hamburger Arbitrage zu entscheiden. Die Ware ist mit erkannter Vergütung zu empfangen. Im übrigen sind die Hamburgischen Gerichte zuständig.

Das Landgericht meint, daß nach dem Wortlaut der Schlußnote alle Meinungsverschiedenheiten, die sich auf den Kauf bezögen, also alle Meinungsverschiedenheiten, die die Verpflichtung zur Leistung beträfen, durch Arbitrage zu entscheiden seien. Diese weitgehende Auslegung der Arbitrageklausel läßt sich mit den beiden letzten Sätzen der Klausel schlechterdings nicht in Einklang bringen. Die Worte: „Die Ware ist mit erkannter Vergütung zu empfangen" weisen darauf hin, daß die Schiedsmänner sich darauf zu beschränken hätten, eine etwaige Vergütung festzusetzen, denn die Ware soll ja — auch

beim Vorhandensein von Differenzen — jedenfalls empfangen werden. Dazu kommt der letzte Satz: „Im übrigen sind die Hamburgischen Gerichte zuständig". Das kann nur bedeuten: bei sonstigen Streitigkeiten, die nicht „Qualitätsdifferenzen oder sonstige Meinungsverschiedenheiten" sind. Der Satz ist nicht dahin zu verstehen, daß die Hamburgischen Gerichte nur zuständig sein sollten, die Zulässigkeit der Zw.-Vollstreckung aus dem Schiedsspruch auszusprechen (§ 1042); das brauchte nicht noch besonders festgesetzt zu werden, weil ja schon vorher bestimmt war, daß Hamburg Erfüllungsort für beide Kontrahenten sein sollte. Hiernach müssen die — allerdings unklaren — Worte: „oder sonstige Meinungsverschiedenheiten" auf solche Meinungsverschiedenheiten beschränkt bleiben, welche die Ware betreffen und eine Preisermäßigung zur Folge haben konnten. Alle übrigen Streitigkeiten, wie z. B. darüber, ob der Vertrag gültig zustande gekommen oder ob er wegen Kriegsausbruchs oder aus andrer Ursache unwirksam sei, sollten der freundschaftlichen Arbitrage entzogen sein und zur Zuständigkeit der Hamburgischen Gerichte gehören. Die Einrede des Schiedsvertrags ist demnach unbegründet.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 1. Juli 1915. Sch. & Co. w. A. & Gebr. Bf. III. 44/15. A—d.

---

111. Darlehn gegen Ehrenwort* des Empfängers; Gültigkeit für den Darlehnsgeber.

*Vgl. 67 Nr. 104; 71 Nr. 54. — Vgl. 65 Nr. 62.
BGB. §§ 607. 138. 139.

Der klagende Ärzteverband hatte dem verklagten Arzte am 5. Mai 1910 ein Darlehn von 2000 M gewährt gegen die Verpflichtung des Beklagten, den geliehenen Betrag mit 2% zu verzinsen und in monatlichen Raten von 20 M zurückzuzahlen; der Betrag sollte jedoch sofort ohne vorherige Kündigung fällig sein, wenn der Beklagte eine Zins- oder Abzahlungsrate länger als eine Woche in Rückstand lasse oder den von ihm gemäß § 2 übernommenen Verpflichtungen zuwiderhandle. In diesem § 2 verpflichtete sich der Beklagte auf Ehrenwort und bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 2000 M für jeden Zuwiderhandlungsfall, innerhalb der nächsten 10 Jahre 1. von einer etwaigen Absicht, sich an einem andern Orte Deutschlands niederzulassen, vor deren Ausführung dem jeweiligen Vorsitzenden des klagenden Verbandes Mitteilung zu machen; 2. eine Stellung als Arzt in einer Krankenkasse, Berufsgenossenschaft, Sanitätsverein oder einer ähnlichen Körperschaft nicht ohne vorherige Genehmigung des Vorstandes des klagenden Verbandes anzunehmen. Der Beklagte hatte bis dahin an Zinsen überhaupt nichts und an Abschlagszahlungen nur 60 M geleistet. Gestützt hierauf und auf die weitere Behauptung, daß der Beklagte auch den im § 2 des Vertrages übernommenen Verpflichtungen zuwidergehandelt habe, forderte der Kläger den

Darlehnsrest und die Vertragsstrafe. — Die Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen. Das Reichsgericht hob auf soweit die Abweisung die Darlehns- und Zinsenforderung betraf. Aus den Gründen:

„— — — Das Rechtsmittel ist unbegründet, soweit der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe abgewiesen worden ist. Das Ver.-Gericht ist bei seiner Ausführung, daß im vorliegenden Fall die unter Verpfändung des Ehrenworts erfolgte Übernahme der im § 2 aufgeführten Verpflichtungen gegen die guten Sitten verstoße, durchweg von Grundsätzen ausgegangen, die mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einklang stehen. Die Übernahme einer Verpflichtung unter Ehrenwort führt dazu, daß der Schuldner bei Nichterfüllung der Verpflichtung, auch wenn ihn kein oder doch kein erhebliches Verschulden trifft, als wortbrüchig erscheint, daß der Vorwurf der Ehrlosigkeit gegen ihn erhoben werden kann, auch wenn er nicht unehrenhaft gehandelt hat. Wie daher in dem in den Entsch. 78, 258ff. abgedruckten Urteil dargelegt ist, widerstrebt es dem heutigen sittlichen Empfinden, den Schuldner der Gefahr einer solchen ungerechtfertigten Ehrenminderung auszusetzen, nur um dem Gläubiger die Erfüllung einer beliebigen Forderung wirksamer als dies mit den Mitteln des gerichtlichen Zwangs geschehen kann, zu sichern; nur zum Schutze besonderer wichtiger Interessen kann der Gewissenszwang, den die Verpfändung der Ehre auf den Schuldner ausübt, gerechtfertigt sein und nur einer wirklich ehrlosen Handlung darf durch die Verpfändung der Ehre vorgebeugt werden. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle nicht gegeben. Das Ver.-Gericht verkennt nicht, daß der Kläger die ethische und gesellschaftliche Hebung des Ärztestandes erstrebt, legt aber zugleich dar, daß er zur Erreichung dieses Zweckes, mithin in erster Linie die Forderung vermögensrechtlicher Interessen im Auge hat. Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. — — — Die vom Beklagten im § 2 des Vertrages übernommenen Verpflichtungen mögen allerdings bezwecken, den Standesinteressen der Ärzte zu dienen, und es mag auch gegen sie an sich ein Bedenken nicht zu erheben sein. Allein es ist in keiner Weise ersichtlich, daß dem berechtigten Interesse des Klägers an ihrer Einhaltung nur durch die, einen rechtlichen Zwang überhaupt nicht begründende, aber die Gefahr einer gesellschaftlichen Vernichtung herbeiführende Verpfändung der Ehre des Schuldners Genüge getan werden könnte und nicht schon durch Vereinbarungen andern Inhalts, wie solche auch im vorliegenden Fall getroffen worden. Es mag der Revision zugegeben werden, daß wenn die Beteiligten sich frei gegenüberstehen und das Ehrenwort frei gegeben und genommen wird, die aus dem Mißbrauch der Bindung der Ehre sich ergebenden Bedenken nicht so schwerwiegend sind wie in dem Verhältnis zwischen dem Dienstherrn und dem von ihm sozial abhängigen Angestellten. Allein ganz abgesehen davon, daß diese Bedenken auch in jenen Fällen regelmäßig erheblich genug sind, um die Verpfändung

der Ehre als sittenwidrig erscheinen zu lassen, findet die hier nicht vorliegende soziale Abhängigkeit ihr Gegenstück darin, daß der ehrenwörtlich sich verpflichtende Arzt oft unter dem Druck einer Notlage handelt. Das ist auch hier der Fall gewesen. — — — Unter diesen Umständen muß das Verlangen und die Abgabe einer ehrenwörtlichen Bestärkung von Verpflichtungen, wie sie hier übernommen worden, mit dem Ber.-Gericht als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden und zwar um so gewisser, als der Beklagte nicht einem einzelnen gegenübersteht, sondern einem großen Kreise von Standesgenossen. Das hat zur Folge, daß nach § 138 Abs. 1 BGB. nicht nur die Abgabe des Ehrenwortes selbst, sondern überhaupt die unter Verpfändung des Ehrenworts erfolgte Übernahme der im § 2 aufgeführten Pflichten nichtig ist. Aus dieser Nichtigkeit ergibt sich ferner mit Rücksicht auf die Nebenvereinbarung einer Vertragsstrafe ohne weiteres, daß das vom Beklagten für den Fall der Zuwiderhandlung gegen jene Pflichten abgegebene Versprechen einer Vertragsstrafe hinfällig ist. Das Ber.-Gericht hat daher insoweit die Klage mit Recht abgewiesen.

Dagegen kann der Revision Erfolg nicht versagt werden, soweit das Ber.-Gericht die Klage auch wegen des Darlehnsanspruchs abgewiesen hat. Es handelt sich zunächst darum, ob das Darlehnsgeschäft selbst gegen die guten Sitten verstößt. Das ist, wie der Inhalt dieses Rechtsgeschäfts ohne weiteres ergibt, zu verneinen, wird auch vom Ber.-Gericht nicht angenommen und ist vom Beklagten nicht behauptet worden; dieser hat vielmehr in den Vorinstanzen nur gegenüber dem Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe die Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten geltend gemacht. Nach der Schlußbestimmung des § 1 soll zwar das Darlehn sofort fällig sein, wenn der Beklagte den ehrenwörtlich übernommenen Verpflichtungen zuwiderhandeln würde, und aus der Nichtigkeit der Übernahme dieser Verpflichtungen könnte auch die Nichtigkeit jener Schlußbestimmung aus dem gleichen Grunde hergeleitet werden. Allein dieses Bedenken erledigt sich dadurch, daß die Fälligkeit des Darlehns nach anderweitiger Vertragsbestimmung schon deswegen eingetreten ist, weil der Beklagte Zinsen überhaupt nicht und Abschlagszahlungen auch nur in ungenügendem Maße geleistet hat. Es ist daher nach den Umständen des vorliegenden Falls anzunehmen, daß die Nichtigkeit des einen Teils des Vertrags wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht auch aus dem gleichen Grunde den andern Teil, das Darlehnsgeschäft selbst, ergriffen hat.

Dem Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns samt Zinsen steht aber auch nicht, wie das Ber.-Gericht angenommen hat, § 139 BGB. entgegen. Bei Anwendung dieser Auslegungsregel ist davon auszugehen, was die am Rechtsgeschäft Beteiligten verständigerweise gewollt haben können. In dieser Beziehung kann dem Ber.-Gericht zugegeben werden, daß der Kläger den Vertrag ohne die ehrenwörtliche Bindung des Beklagten nicht abgeschlossen haben

würde; ihm würde daher einer Klage auf Auszahlung des Darlehns gegenüber die Regel des § 139 zur Seite stehen. Das Ber.-Gericht berücksichtigt aber nicht, daß das eigentliche Darlehn ein Realvertrag ist, daß erst durch die Hingabe der Sachen die einseitige Verpflichtung zur Rückgewähr begründet wird. War aber der Darlehnsvertrag durch Hingabe der Darlehnssumme abgeschlossen, so kann der Kläger bei dieser Hingabe verständigerweise auch nur ein Festhalten an den Bestimmungen des Vertrages ohne Rücksicht auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit der ehrenwörtlichen Übernahme der im § 2 aufgeführten Verpflichtungen gewollt haben, d. h. die Gewährung der versprochenen Zinsen und die Rückzahlung des ausgezahlten Betrages zur vereinbarten Zeit durch den Beklagten; denn sonst würde ihm nur ein Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten zustehen. Daß aber der Beklagte jenen Betrag als Darlehn auch dann angenommen haben würde, wenn ihm die im § 2 erwähnten Verpflichtungen nicht auferlegt worden wären, bedarf keiner besonderen Darlegung (vgl. auch Entsch. 86, 323). Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns erweist sich somit als begründet; das Ber.-Urteil muß daher, soweit es die Klage wegen dieses Anspruchs abgewiesen hat, aufgehoben und die Sache, da sie mit Rücksicht auf die vom Beklagten geltend gemachte Aufrechnungseinrede zur Endentscheidung noch nicht reif ist, in diesem Umfange an das Ber.-Gericht zurückverwiesen werden."

Urteil des **Reichsgerichts** (6. Sen.) v. 10. Mai 1915. Verb. d. Ärzte D. (Kl.) w. C. (OLG. Dresden). VI. 121/15.

---

112. Der Anspruch auf Schadenersatz wegen verminderter Erwerbsfähigkeit wird nicht durch Freigebigkeit Dritter ausgeschlossen.

Vgl. 63 Nr. 250; auch 67 Nr. 9 m. N.

BGB. § 843.

Die Klägerin, eine ältere Witwe, die im Hause ihres Stiefsohns B. lebte und im Hauswesen half, war durch Schreck über einen Hund des Beklagten L. erkrankt und ärztlich behandelt worden. Ihr Anspruch auf Schadenersatz war rechtskräftig dem Grunde nach als berechtigt anerkannt, in dem Verfahren über den Betrag wurde ihr aber die Forderung für verminderte Erwerbsfähigkeit abgesprochen. Diese Entscheidung wurde in 2. Instanz geändert. Aus den Gründen:

„— — — Mit Recht erachtet sich die Klägerin durch das angefochtene Urteil insofern beschwert, als ihr der Anspruch auf Ersatz für die Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit aberkannt ist. Allerdings ist der Verletzte nur zu entschädigen für den ihm nach seinen Lebens- und Erwerbsverhältnissen tätsächlich entgehenden Erwerb;

RGEntsch. 63, 197; auch die Entsch. des 6. Zivilsen. des RG. v. 5. Dez. 1907 bei Warneyer 1908 Nr. 169.

Allein wenn das Landgericht gegen die Klägerin verwertet, daß sie vor dem



Unfall von ihrem Stiefsohn in der Hauptsache nur Kost und Wohnung, nicht baren Lohn erhalten habe, und daß ihr alles dies auch nach dem Unfall in gleicher Weise weiter gewährt werde, so daß sie wirtschaftlich genau so nach wie vor dem Unfall stehe, so wird dies der Sachlage nicht gerecht. Es liegt hier kein Fall vor, in dem der Verletzte früher von seiner Arbeitskraft keinen oder unerheblichen Gebrauch gemacht hätte. In den einfachen bäuerlichen Verhältnissen, denen die Klägerin und ihr Stiefsohn B. nach den Beweisergebnissen angehören, gehen regelmäßig die Beteiligten davon aus, daß eine Frau wie die Klägerin ihren Unterhalt durch die für den Besitzer des Gutes geleisteten Arbeit erwirbt, nicht aber der Stiefsohn die Stiefmutter lediglich aus Familienrücksichten verpflegt, ohne eine Gegenleistung durch wirtschaftliche Dienste zu erwarten, mindestens wenn sie solche zu leisten imstande ist. Wird hier durch eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit der Verletzten aufgehoben oder gemindert, kann sie nicht mehr ihre Arbeitskraft in der früheren Weise für den eigenen Erwerb verwerten, so ist sie geschädigt auch dann, wenn ihr unverbindlich der Unterhalt aus Freigebigkeit weiter gewährt wird. Daß der Anspruch nach § 843 BGB. nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß ein andrer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat, ist in Abs. 4 ebenda ausdrücklich bestimmt. Es ist davon auszugehen, daß der Verletzte um so weniger sich freiwillige Unterstützungen von dritter Seite auf seinen Schadenersatzanspruch anrechnen lassen muß. Im gegebenen Fall ist insbesondere anzunehmen, daß der Stiefsohn der Klägerin von ihr Vergütung für die ihm entgangenen Arbeitsleistungen beanspruchen wird, sobald sie dazu imstande ist, selbst wenn man nicht ohne weiteres die Vereinbarung, die er als Zeuge bekundet, wonach die Klägerin ihm eine jährliche Entschädigung von 200 *M* für Kost und Unterkunft versprochen hat, für erwiesen ansieht. Denn nach der gesamten Sachlage sind diese Angaben B.s nicht unglaubhaft. Er hat darnach mit der Klägerin nach dem Tode seines Vaters das Abkommen getroffen, daß er sie bei sich behalten wolle, sie dagegen wie bisher in der Wirtschaft tätig sein solle. — — —

Bei Bemessung der Höhe dieses Schadenersatzes ist in Betracht zu ziehen, daß die Klägerin selbst nicht in Abrede stellt, leichtere Arbeiten verrichten zu können, die im Hauswesen vorkommen und daß die Erscheinungen krankhafter Beeinträchtigung ihres Befindens, wenn auch nicht überwiegend, mit zurückzuführen sind auf schon vor dem Unfall bestehende Altersverkalkung. Anderseits bestehen unzweifelhafte durch den Schreck hervorgerufene ernstliche Beschwerden, die zur Folge haben, daß die Klägerin die schwere Feldarbeit und sonstigen Arbeiten, die erhebliche Anforderungen an ihre Körperkräfte stellen, nicht mehr zu leisten vermag. Die Beschwerden sind allerdings geringer geworden und es ist die Möglichkeit einer weiteren Besserung in einigen Jahren nicht ausgeschlossen. Es erscheint hiernach angemessen, der Klägerin eine Rente von jährlich 150 *M* seit dem 17. Oktober 1912 — — — zuzuerkennen, jedoch

nur auf die Zeit bis zum 16. Oktober 1917. Eine solche Begrenzung war erforderlich, da angenommen werden kann, daß die Erwerbsminderung, wenn sie längere Zeit hindurch besteht, wesentlich durch das vorgerückte Lebensalter der Klägerin bedingt sein wird, nicht mehr auf den durch den Hund des Beklagten L. verursachten Schreck. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (4. Sen.) v. 19. Okt. 1915. Witwe B. (Kl.) w. L. 4 O. 13/15. Ch.

---

113. Hat der Handelsmäkler für die Vermittelung eines auflösend bedingten Geschäfts bei Eintritt der Bedingung einen Lohnanspruch?

Vgl. 49 Nr. 247 m. N.; 50 Nr. 13.
HGB. §§ 99. 346; BGB. §§ 158. 652.

Der klagende Handelsmäkler hatte für die Beklagte den Verkauf von Speck gegen einen Lohnsatz von 1% vermittelt. Nach Inhalt der Schlußscheine war „Glückliche Ankunft und eventuelles dänisches Ausfuhrverbot vorbehalten". Ein solches Ausfuhrverbot wurde erlassen und die Geschäfte kamen nicht zur Ausführung. Der Kläger verlangte nunmehr Zahlung des vereinbarten Lohns; die Klage wurde aber in beiden Instanzen abgewiesen. — Gründe des Ber.-Urteils:

„Die Abmachung ‚eventuelles dänisches Ausfuhrverbot vorbehalten' stellt sich im Rechtssinn als eine aufhebende Bedingung dar, denn es handelt sich um Lokogeschäfte Kopenhagen oder andre nordische Häfen, der Erlaß eines Ausfuhrverbots war daher an sich für den rechtlichen Bestand des im nordischen Ankunftshafen zu erfüllenden Geschäfts ohne Bedenken.

Der Einfluß, den der Eintritt einer auflösenden Bedingung auf den bereits mit dem Abschluß des bedingten Geschäfts (im Gegensatz zu dem Fall der aufschiebenden Bedingung) zur Entstehung gelangten Lohnanspruch der Mäkler hat, ist in der Rechtslehre streitig. Es bedarf indessen keiner Stellungnahme zu dieser Frage, denn auch wenn es richtig sein sollte, daß nach dem Sinn des Gesetzes, infolge der Endigung der Wirkung des Rechtsgeschäfts (§ 158 Abs. 2 BGB.), nachträglich auch der Lohnanspruch wieder seine Begründung verlöre, so würde dennoch diese Gesetzesbestimmung bei ihrer nachgiebigen Natur für den vorliegenden Fall keine Geltung beanspruchen können.

Im kaufmännischen Verkehr mit seinen ausgebildeten Geschäftsbedingungen ist die Einfügung auflösender Bedingungen — es braucht nur auf die Kriegsklausel hingewiesen zu werden — überaus verbreitet; es entspricht aber nicht der Verkehrsauffassung, wenn in solchen Fällen der Mäkler seines Lohnanspruchs nachträglich mit dem Eintritt der Bedingung wieder verlustig gehen sollte. Der kaufmännische Mäkler, dessen Tätigkeit gerade auf den Abschluß so gearteter Geschäfte hinzielt und der in diesem Abschluß seinen

Erwerb findet, hat seinen Lohn mit dem Abschluß eines solchen rechtsverbindlichen, wenn auch bedingten Geschäfts im Zweifel endgültig verdient. Nicht anders aber, wie bei solchen verkehrsüblichen Bedingungen, liegt es hier. Der Vorbehalt des ausländischen Ausfuhrverbots ist, während der jetzigen Kriegszeit, eine selbstverständliche Vorsichtsmaßregel des hiesigen Importeurs, der ein Lokogeschäft auf einen Auslandsplatz macht, denn nur in der Möglichkeit der Einfuhr sind seine spekulativen Aussichten gegründet; es herrscht demgemäß auch unter den Parteien kein Streit darüber, daß solcher Vorbehalt augenblicklich vielfach verwandt wird.

Kläger hat daher, vom Standpunkt der augenblicklichen Geschäftsverhältnisse aus in verkehrsüblicher Weise ein überhaupt nur durch die Hinzufügung der Bedingung für seinen Auftraggeber annehmbares Geschäft vermittelt, und da auf den Abschluß gerade solcher Geschäfte seine Erwerbstätigkeit gerichtet ist, hat er auch, wenn nichts Gegenteiliges abgemacht ist, den Lohn zu verlangen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 10. Nov. 1915. M. (Kl.) w. Verein. Export-Co. Hamburg. Bf. IV. 165/15. B.

---

114. Eine Frist zur näheren Bestimmung der Ware nach § 375 Abs. 2 HGB. braucht nicht gesetzt zu werden, wenn sie zwecklos sein würde.

Vgl. 59 Nr. 74; 63 Nr. 109 m. N.
HGB. § 375 Abs. 2; BGB. § 326.

Nach Behauptung des Klägers hatte der Beklagte bei ihm am 24. Okt. 1912 für die Verkaufszeit 1913 für 3—4000 *M* Gummibälle zu den Preisen und Bedingungen des deutschen Gummiballverbandes bestellt. Als der Beklagte mit der näheren Bestimmung der Ware in Verzug gekommen sei, habe der Kläger diese vorgenommen. Er klagte nun auf Zahlung. Der Beklagte bestritt das Zustandekommen des Kaufs. — Die Entscheidung wurde von einem richterlichen Eide des Klägers über die Kaufverhandlungen abhängig gemacht. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Zu prüfen ist noch die von den Schriftstellern verschieden beantwortete Frage, ob der Verkäufer, wenn er im Fall des Verzugs des Käufers selbst spezifiziert, von Erfüllung der ihm durch § 375 Abs. 2 Satz 2 auferlegten Verpflichtung, dem Käufer eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen, unter Umständen absehen darf. Das Ber.-Gericht ist von der Erwägung aus, daß die Einhaltung eines zwecklosen Verfahrens von dem Gesetzgeber nicht gewollt sein könne, zu der Ansicht gelangt, daß ebenso wie von der Fristsetzung nach § 326 BGB. auch von der nach § 375 HGB. dann abgesehen werden dürfe, wenn das

Verhalten des Käufers es ausgeschlossen erscheinen läßt, daß er die Frist benutze. So aber lag der Fall hier. Der Beklagte hatte sich mit Entschiedenheit auf den Standpunkt gestellt, daß es zu einem Vertragschlusse nicht gekommen sei und der Kläger deshalb einen Anspruch auf Lieferung und auf nähere Bestimmung an ihn nicht erheben könne. Er hatte die wiederholten, zuletzt unter Fristsetzung bewirkten Aufforderungen des Klägers, Bestimmungen vorzunehmen, unbeantwortet gelassen. Ein Zweifel darüber, daß er es ablehne, in irgendeiner Richtung sich in Ansehung des von ihm bestrittenen Geschäftes weiter zu äußern, konnte darnach nicht bestehen, es war also zwecklos, ihm trotzdem noch eine Frist zu setzen, damit er gegenüber der Bestimmung des Klägers eine eigene andre treffe. Die weitere Haltung des Beklagten bestätigt, wie zutreffend diese Beurteilung seines Verhaltens ist, und daß er selbst nicht geltend machen will, er würde im Fall der Fristsetzung seinerseits eine Bestimmung getroffen haben. Weder nach Empfang der Bestimmung des Klägers noch im Lauf des Rechtsstreits hat er deren Sachgemäßheit bemängelt oder das Unterbleiben der Fristsetzung gerügt. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 10. Nov. 1915. H. (Bkl.) w. Schw. 3 O. 81/15. —ll.

---

115. Gegenbeweis gegen die Befreiung der Eisenbahn von der Haftung für beschädigtes Frachtgut.

Vgl. 70 Nr. 90 m. N.
HGB. § 459[3]; EBVerkO. § 86 Abs. 2.

Nach § 86 Abs. 2 EBVerkO. verb. mit Abs. 1 Nr. 3 müßte die Klägerin beweisen, daß die Beschädigung der von ihr selbst verladenen Kiste Glas nicht durch die Art des Aufladens oder durch mangelhafte Verpackung entstanden ist. Diesen Beweis erachtet das Ber.-Gericht in Übereinstimmung mit dem 1. Richter für geführt. Die Beweisaufnahme hat ergeben, daß die Klägerin die sehr in das Einzelne gehenden Verladungsvorschriften der Eisenbahn in allen Punkten befolgt hat, abgesehen davon, daß die Streben, durch welche die Kiste gehalten wurde, am Wagenboden nicht durch aufgenagelte Holzklötze, sondern unmittelbar durch je 2 fünfzöllige Nägel befestigt waren. Diese Art der Befestigung entsprach aber der langjährigen Übung der Klägerin, deren Leute viele tausende Kisten in solcher Weise zum Versand gebracht haben, ohne daß jemals eine Kiste umgefallen ist. Dazu kommt, daß der Güterabfertigungs-Vorsteher P. bekundet hat, daß er die streitige Kiste als ordnungmäßig verladen abgenommen hat, und daß von der Bahnverwaltung nicht darauf gedrungen ist, daß die Steifen verklotzt würden. Wenn die erfahrenen sachverständigen Beteiligten beider Parteien so in Jahre langer Übung verfahren sind und sich dabei sonst niemals Unzuträglichkeiten herausgestellt haben, so ist auch das Ber.-Gericht überzeugt, daß die Verladung

sachgemäß war und daß auf sie der Schaden nicht zurückzuführen ist. Dann besteht kein Anlaß, noch Sachverständige zu hören. Ist aber die Beweisvermutung des § 86 Abs. 2 EVVerkO. ausgeräumt, so tritt wieder die Regel des § 84 in Kraft, wonach die Beklagte sich zu entlasten hat. Da das nicht gelungen, der Unfall vielmehr unaufgeklärt geblieben ist, so ist der Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz mit Recht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 27. Nov. 1915. Glaser Gen. (Kl.) w. L.B. EB. Bf. VI. 145/15. B.

---

116. Die Lieferfrist im Eisenbahnfrachtverkehr ist nach Treu und Glauben zu behandeln. Zulässigkeit der Zurückbehaltung einer Tiersendung bis zur Bezahlung einer von ihrem Begleiter geschuldeten Strafe?

HGB. §§ 459[5]; EVVerkO. § 86; BGB. § 242. — HGB. §§ 440. 454; BGB. §§ 229. 273. 1222.

Der Kläger verlangte als Zessionar des Viehhändlers E. vom Eisenbahnfiskus 700 ℳ als Entschädigung für eine auf dem Eisenbahntransport von Freising nach München am 27. Nov. 1913 tödlich beschädigte Kuh; die Eisenbahn habe den Wagen nach seiner Ankunft in München-Südbahnhof grundlos nicht ausladen lassen, sondern wegen einer angeblichen Strafe von 6 ℳ zurückgehalten, mit dem Wagen rangiert und erst nach mehreren Stunden und nach vorgängiger Zahlung der Strafe die Ausladung gestattet, wobei die Kuh schwer verletzt vorgefunden sei und sofort habe geschlachtet werden müssen. Der Beklagte lehnte unter Berufung auf die unbestrittene Einhaltung der Lieferfrist und auf § 86 Abs. 2 EVVerkO. die Zahlung ab und behauptete weiter, der Begleiter der Kuh habe sich einer Fahrgeldhinterziehung schuldig gemacht und auf die Beanstandung hin kurz vor München den Wagen heimlich verlassen, deshalb habe mangels eines legitimierten Empfängers der Wagen in München nicht ausgefolgt werden können. — Die Klage wurde abgewiesen; Berufung hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Daß die Eisenbahn innerhalb der Lieferfrist willkürlich mit dem Gut verfahren und dessen Ablieferung auch dann verweigern dürfe, wenn sie für diese Weigerung keine Gründe anführen kann, vermag der Senat nicht anzuerkennen. Auch für die Eisenbahn als Frachtführerin gelten die Vorschriften der §§ 133. 157. 226. 242. 826 BGB. und des § 347 HGB.; sie darf sich deshalb auf die Vorschrift über die Lieferfrist in solchen Fällen nicht berufen, für welche die Lieferfristbestimmung offensichtlich nicht bestimmt ist. Das ist z. B. in der Rechtsprechung hinsichtlich saumseliger Behandlung leicht verderblichen Gutes anerkannt, mag auch die Ablieferung noch innerhalb der Lieferfrist erfolgt sein (Sörgel Rechtspr. 1912, 692 Nr. 41[2]; 1913, 720 Nr. 14). Ebensowenig ginge es an, wenn ein angekommenes und ab-

gabereifes Frachtgut aus bloßer Willkür des Stationsvorstandes oder Stationsdieners dem zur Abholung erschienenen, mit dem Stationsangestellten verfeindeten Empfänger nicht ausgehändigt würde lediglich unter Berufung darauf, daß die Lieferfrist noch nicht abgelaufen sei. Denn dafür ist die Lieferfrist nicht vorgesehen; sie dient vielmehr, aus der Praxis des Frachtfuhrwerks hervorgegangen, ebensowohl dem Interesse des Frachtführers als dem des Versenders und schneidet eine Menge von Streitigkeiten ab, die sonst über die Angemessenheit der tatsächlichen Beförderungsdauer unvermeidbar wären. Sie dient auch zweifellos dazu, der Bahn den nach ihrer ganzen Einrichtung, insbesondere angesichts des Beförderungszwanges, notwendigen Zeitraum für die Verteilung der aufgelieferten Güter zu gewähren und zwar sowohl hinsichtlich des Beförderungsweges als der Beförderungszeit, insbesondere hinsichtlich der Verteilung auf bestimmte Züge. Die Bezugnahme auf die Lieferfrist geht aber wider Treu und Glauben, wenn alles dies im streitigen Fall garnicht in Betracht kommt. Zuzugeben ist anderseits ohne weiteres, daß die Lieferungsfrist auch noch nach Ankunft am Bestimmungsort von Wert für die Bahn ist, um ihr freiere Hand bezüglich der Auslade-Reihenfolge, der Verschub-Anordnung u. dgl. zu gewähren. Weiter ist zuzugeben, daß nicht jede Verzögerung seitens der Bahn zugleich ein Verschulden darstellt, daß vielmehr die Eigenart des Frachtbetriebs der Bahn, insbesondere die gebotene Eile manches Versehen als im Sinne des § 276 BGB. mit § 347 HGB. noch entschuldbar erscheinen lassen kann, das im gewöhnlichen Handelsbetrieb ein zur Haftung führendes Verschulden darstellen würde. Zuzugeben mag auch sein, daß in den meisten Fällen einer Verzögerung innerhalb der Lieferfrist die Ursache garnicht mehr aufgedeckt werden kann und daß eine Rechenschaftspflicht oder ein Ausforschungsbeweis hierwegen nicht stattfindet. Zeigt aber der Tatbestand ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verschulden der Bahn, so tritt nach der Ansicht des Senats die Haftpflicht ein, weil auch die Berufung auf die Lieferfrist der Vertragsauslegung nach Treu und Glauben nicht widersprechen darf. Letzterer Punkt ist in den gegenteiligen Ausführungen, insbesondere bei Rundnagel (Haftung der Eisenbahn, 43ff.) nicht genügend gewürdigt. Es handelt sich hierbei um eine weder im Handelsgesetzbuch noch in der Eisenbahn-Verkehrsordnung geordnete positive Vertragsverletzung, die lediglich nach dem Bürgerl. Gesetzbuch zu entscheiden ist. Das Gleiche ergibt sich übrigens aus § 95 EVVerkO. nach der Auslegung, die dieser Vorschrift nicht nur von Eger, sondern auch vom Reichsgericht (vgl. die Angabe bei Rundnagel 209) gegeben wird.

Die vorstehenden Ausführungen gelten zunächst für die gewöhnlichen Fälle der Frachtgutbeschädigung; sie behalten ihre Gültigkeit aber auch gegenüber den Haftungseinschränkungen des § 86 VerkO. (§ 459 HGB.). Liegt also ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Zögern der Bahn vor, so hilft die Berufung auf § 86 VerkO. der Bahn nichts. Im vorliegenden Fall kann nun als er-

wiesen angenommen werden, daß die Kuh unverletzt in München-S.-B. angekommen war. Damit ist der Gegenbeweis im Sinne des § 86 Abs. 3 VerkO. geliefert, da alle die seitens der Bahn aufgeführten, von ihr nicht zu vertretenden Gefahrenquellen zu einer tatsächlichen Beschädigung des Gutes nicht geführt haben, bis es bei richtiger Behandlung zur Abgabe an den Empfänger reif war, sohin bei rechtzeitiger Abgabe das Gut unbeschädigt ausgehändigt worden wäre.

Es kommt also darauf an, welche Gründe der Beklagte für die Verweigerung der Herausgabe nach der Ankunft im Südbahnhof anzuführen vermag. Daß eine solche Verweigerung stattgefunden hat, ist durch die Beweisaufnahme dargetan; der Wagen wurde auch tatsächlich erst abgegeben, als die 6 M Strafe bezahlt waren. Es erscheint nun freilich zweifelhaft, ob der Bahn als Frachtführerin ein Pfandrecht am Inhalt des Viehwagens zusteht, wenn der Begleiter nicht auf dem Beförderungsschein mit aufgeführt wird, sondern eine selbständige Fahrkarte wie jeder andere Reisende zu lösen hat, dies aber unterläßt und deshalb die in § 16 VerkO. vorgeschriebene Strafe von 6 M zu zahlen hat. Denn § 16 VerkO. regelt den Personentransport und spricht der Bahn kein gesetzliches Pfandrecht zu, wie schon die Vorschrift des Abs. 3 über die Herausgabe des Reisegepäcks an einen Reisenden beweist, der mangels Zahlung ausgesetzt wird. Anderseits kann es nach allgemeinen Vorschriften keinem Zweifel unterliegen, daß die Bahn an sich berechtigt ist, mit allen zivilrechtlichen Mitteln die Sicherung und Beitreibung dieser Strafe herbeizuführen, insbesondere also durch sicherungsweise Wegnahme von Eigentum des Zuwiderhandelnden (§§ 229ff. BGB.). Selbst wenn aber die Bahn bei der Entscheidung der Frage des Frachtführerpfandrechts sich dieses Pfandrecht selbst mit Unrecht zugesprochen hätte, könnte daraus noch kein grobes Verschulden bei der Erfüllung des Frachtvertrages abgeleitet werden; denn die Frage ist, soviel ersichtlich, in Rechtsprechung und Rechtslehre überhaupt noch nicht erörtert und die öffentlichrechtlichen Vorschriften der EBVerkO. lassen verschiedene Deutung zu. Die Bahn hat also nicht derart grundlos und willkürlich gehandelt als sie den Wagen zurückbehielt, daß ihr die Berufung auf die Lieferfrist wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben versagt werden müßte. — — — Auf § 231 BGB. hat sich der Kläger nicht berufen und es wäre eine derartige Berufung auch nicht durchschlagend; denn der Fiskus hat im ungünstigsten Fall die Zurückbehaltung nicht in vermeintlicher Ausübung eines wirklich nicht bestehenden Selbsthülferechts vorgenommen, sondern in der gutgläubigen Annahme eines dinglichen Pfandrechts; letztere Annahme aber fällt nicht unter die unbedingte Schadenersatzpflicht nach § 231 BGB., sondern ist nach dem gewöhnlichen Vertragsrecht aus § 276 BGB. zu beurteilen.

Eben weil es sich um Ausübung eines Pfandrechts, wenigstens eines vermeintlichen, handelt, kann auch nicht gesagt werden, daß wegen 6 M Strafe

nicht ein Viehwagen mit einem Inhalt von mehreren tausend Mark zurückbehalten werden durfte. Es ist zweifellos, daß die Bahn, wenn sie anders vorgegangen wäre, das Nachsehen hinsichtlich der Strafe gehabt hätte; anderseits hat der Erfolg gezeigt, daß auf dem eingeschlagenen Wege die Strafe alsbald hereingebracht wurde. Die Leute der Eisenbahn konnten auch nicht ohne weiteres annehmen, daß der Transport durch die bloße Verzögerung bis zur Zahlung der Strafe gefährdet werden würde, und wenn, so ging diese Gefährdung auf Haftung und Rechnung dessen, der sie veranlaßt hatte. Ein Rangierstoß in der Zwischenzeit ist übrigens nicht nachgewiesen. — — — Es können auch nicht etwa diejenigen Entscheidungen herangezogen werden, die aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine übermäßige Zurückbehaltung mißbilligen. Denn auch diese Entscheidungen gehen nicht so weit, dem Berechtigten jede Zurückbehaltung wegen Geringfügigkeit der Forderung zu verbieten. Nun ist aber nicht abzusehen, wie sich die Bahn das Pfand, nämlich den Inhalt des Viehwagens, hätte teilen sollen; das wäre auf eine teilweise Ausladung hinausgegangen, die man der Bahn nicht zumuten konnte (vgl. auch § 1222 BGB.).

Bei dieser Sachlage und angesichts des nach jeder Richtung widerspruchsvollen und unklaren Beweisergebnisses muß es bei dem Grundsatz des § 459 HGB. mit § 86 EBVerkO. sein Verbleiben haben, wonach die Beförderung lebender Tiere auf der Bahn im wesentlichen auf Gefahr des Versenders, nicht der Bahn, geschieht. Der Kläger mag sich an den halten, der durch seine Fahrgeldhinterziehung und falschen Angaben den Anlaß zur Zurückbehaltung des Wagens gegeben hat. — — —"

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 29. Dez. 1915. B. w. Bayer. EB.-Fiskus. L. 685/14. F—z.

---

117. Verjährung eines Schadensanspruchs gegen den Eigentümer eines Floßes.

FlößG. (RGBl. 1895, 341) §§ 30³. 22. 23; BGB. § 223.

Durch einen aus fünf Flößen bestehenden, der Firma L. gehörenden Floßzug wurde am 10. Nov. 1910 eine vom preußischen Fiskus unterhaltene Schleußenanlage beschädigt. Der Schaden bezifferte sich auf 4857 ℳ. Die Weiterführung des Floßzuges wurde erst gestattet, nachdem der Unternehmer (Frachtflößer) W. eine Sicherheit von 3000 ℳ hinterlegt hatte. Der Floßzug wurde an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert; der Erlös überstieg den angerichteten Schaden. — Der Fiskus verlangte von dem Frachtflößer W. mit einer am 6. Sept. 1912 zugestellten Klage Ersatz des Schadens. Der Beklagte wandte ein, daß er bei der Bestellung seiner Leute für die Floßfahrt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt habe und machte außerdem die Verjährung des Anspruchs geltend. Die Klage wurde ab-

gewiesen und die Berufung des Klägers mit folgender Begründung zurückgewiesen:

„Mit der Klage wird der Ersatz des Schadens verlangt, den die damals mit der Aufgabe, Flöße von M. mainabwärts zu bringen, betrauten Bediensteten des Beklagten in Ausführung der Verrichtung, wozu sie vom Beklagten bestellt waren, dem Kläger durch die Beschädigung der Schleußenanlage widerrechtlich zugefügt haben. Diesen Ersatz verlangt der Kläger aus zwei Gesichtspunkten:

1. Er beruft sich auf die nach § 23 Abs. 2 FlößG. mit § 831 BGB. begründete persönliche Haftpflicht des Beklagten. Hierbei kommt es auf ein ‚Verschulden' der Bediensteten des Beklagten nicht an, sondern es genügt, daß diese, indem sie die ihnen von ihrem Dienstherrn übertragene Verrichtung ausführten, die den Kläger schädigende an sich widerrechtliche Handlung tatsächlich begangen haben. Aus der Tatsache, daß die Angestellten durch eine unrechte Handlung einen Schaden widerrechtlich verursacht haben, folgert das Gesetz, daß ihnen die hierbei zutage getretene Untüchtigkeit auch sonst anhafte und dem Geschäftsherrn nicht verborgen geblieben sei, und daß der Geschäftsherr, der solchen Angestellten trotzdem das den Schaden anrichtende Geschäft aufgetragen hat, dies auf seine Gefahr hin getan und für die Folgen einzustehen habe, die aus dem Bestellen ungeeigneter Leute entspringen. Der Beklagte sucht sich von der Ersatzpflicht dadurch zu befreien, daß er die gesetzliche Vermutung einer schuldhaften Auswahl untüchtiger Hülfspersonen zu widerlegen unternimmt und nachzuweisen sucht, daß er bei der Bestellung seiner Leute zu jener Floßfahrt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (§ 831 Satz 2 BGB.). Diesen Entlastungsbeweis hat der Beklagte vollständig geführt. — — —

2. Außerdem macht der Kläger den Beklagten als angeblichen Eigentümer des schadenstiftenden Floßes nach § 22 FlößG. für den Schaden verantwortlich. Er will, nachdem durch die Veräußerung des Floßes das ihm nach § 22 Abs. 2 daran zustehende Pfandrecht erloschen ist, den Beklagten bis zur Höhe des hieraus erzielten Erlöses nach § 23 Abs. 1 persönlich haftbar machen. Eine persönliche Verbindlichkeit des Floßeigentümers für die durch ein Floß verursachte Beschädigung (von dem vorhin behandelten Fall abgesehen) tritt an sich nicht ein, sondern seine Haftung ist regelmäßig beschränkt auf das schadenstiftende Floß und zwar nur auf das einzelne Floß, das den Schaden angerichtet hat, und in dem Umfange, den das Floß bei der Zufügung des Schadens hatte (vgl. Mittelstein FlößG. § 22 Anm. 5 und 6; Landgraf FlößG. § 23 Anm. 8). Da aber dieses Floß zur Zeit der Klagerhebung schon in seine einzelnen Bestandteile aufgelöst war und diese an einen gutgläubigen Dritten veräußert waren, so ist das Pfandrecht an dem Floß erloschen und nach § 23 Abs. 1 Satz 2 FlößG. eine persönliche Haftung des Veräußerers entstanden, die sich auf den für das Floß erzielten Erlös beschränkt. Daß hier der Erlös

den Betrag des vom Kläger geforderten Schadenersatzes erreicht, hat der Beklagte nicht bestritten. Allein diese beschränkte persönliche Forderung kann nur gegen den Eigentümer des Floßes geltend gemacht werden und dies war nicht der Beklagte, sondern die Firma L. Deshalb ist die gegen W. erhobene Klage insoweit unbegründet, als sie auf mehr als die von ihm hinterlegten 3000 ℳ gerichtet ist.

Nun fragt es sich weiter, ob sie nicht wenigstens wegen dieses Betrags von 3000 ℳ gerechtfertigt sei. Die Sicherheit wurde von ihm aus Mitteln, die ihm von der Firma L. geliehen worden waren, um das Floß frei zu bekommen, im Hinblick auf das dem Floßeigentümer gegen den Frachtflößer nach § 22 Satz 1 FlößG. zustehende Rückgriffsrecht, zur Sicherung des Anspruchs hinterlegt, für den bis dahin das Floß gehaftet hatte. Die 3000 ℳ traten sohin an die Stelle des Floßes, das Pfandrecht, das bisher am Floß bestanden hatte, wurde vereinbarunggemäß durch ein Pfandrecht an diesen 3000 ℳ ersetzt. In Ansehung dieser Summe ist der verklagte Frachtflößer W., dem die Summe gehört, auch der richtige Beklagte. Aber auch in dieser Beziehung ist die Klage unbegründet; denn der Beklagte beruft sich mit Recht auf § 30³ FlößG., wonach die Ersatzansprüche wegen Beschädigungen, die durch ein Floß entstanden sind, mit dem Ablauf eines Jahres erlöschen, das mit dem Schluß des Jahres beginnt, in dem die Forderung fällig geworden ist, hier also mit dem Ende des Jahres 1910, so daß die Klage, die erst am 6. Sept. 1912 zugestellt wurde, um viele Monate zu spät erhoben ist.

Daraus, daß die soeben angeführte Gesetzesbestimmung den Beisatz ‚(§ 22 Abs. 1)' enthält, darf nicht etwa, wie der Kläger meint, geschlossen werden, daß nur die im § 22 Abs. 1 erwähnte Haftung mit dem Floße dieser kurzen Verjährung unterliege, während es bei der im § 23 Abs. 1 im Fall der Veräußerung des Floßes eintretenden persönlichen Haftung mit dem Erlöse des Floßes bei der gewöhnlichen Verjährung, etwa der im § 852 BGB. festgesetzten dreijährigen oder gar der im § 195 BGB. bestimmten dreißigjährigen, zu verbleiben hätte. Mit Recht sagt das Landgericht, daß § 23 Abs. 1 im engsten Zusammenhange mit § 22 steht und diesen nur zur Erläuterung des Umfangs der Haftung ergänzt, aber keinen besonderen, auf neue Voraussetzungen gegründeten Ersatzanspruch aufstellt. Der § 22 bestimmt, daß der Floßeigentümer für die durch sein Floß angerichteten Beschädigungen mit dem Floß haftet solange dieses noch unveräußert und in dem Umfange vorhanden ist, den es bei der Schadenzufügung hatte, und § 23 setzt, wenn das Floß nicht mehr vorhanden ist, an dessen Stelle den aus der Veräußerung des Floßes erzielten Erlös, da (wie Mittelstein a. a. O. in Anm. 7 sagt) ‚das Landvermögen (des Floßeigentümers) nicht zum Nachteil des (dem Schadenersatzberechtigten haftenden) Floßvermögens bereichert werden soll'. Sehr zutreffend weist das Landgericht auch auf den Widersinn hin, wozu die entgegengesetzte Auslegung führen würde: daß eine nach dem Ablauf der im § 30

bestimmten Frist erhobene Klage, wenn das Floß noch nicht veräußert wäre, wegen Verjährung abgewiesen werden müßte, der Kläger aber dann, wenn daraufhin der Floßeigentümer das Floß veräußerte, sofort, und diesmal mit Erfolg, seine Klage wiederholen könnte.

Derselben Ansicht wie das Landgericht sind auch Laß und Maier in ihrem Haftpflichtr. 2 § 21 S. 130. Auch Landgraf (a. a. O. § 30 mit § 119[7] BinnenSchG.) hält es für selbstverständlich, daß die Verjährung der Forderungen mit Pfandrecht auch die daneben in einzelnen Fällen bestehende (beschränkte) persönliche Forderung mit ergreift. Und ebenso sagt Mittelstein (a. a. O. § 30[3]), daß auch die im § 23 Abs. 1 Satz 2 festgesetzte beschränkte persönliche Forderung der im § 30[3] bestimmten Verjährung unterliege, da sie auf der Vorschrift des § 22 Abs. 1 beruhe, im Gegensatz zu der sich aus dem bürgerlichen Recht ergebenden unbeschränkten persönlichen Haftung des § 23 Abs. 2, die auch in Ansehung der Verjährung lediglich dem bürgerlichen Rechte unterliegt.

— — — Verfehlt ist der Hinweis auf § 223 BGB., wonach der Berechtigte durch die Verjährung seines Anspruchs nicht gehindert wird, seine Befriedigung aus dem Pfande zu suchen, das ihm für seinen Anspruch haftet. Denn auch dann, wenn das Pfandrecht am Floß selbst noch bestände, würde es nach dem Ablauf der Verjährungsfrist des § 30 FlößG. dem Gläubiger nicht mehr haften, und das Pfandrecht an den 3000 ℳ ist nur an die Stelle des ursprünglich haftenden Floßes getreten, unterliegt also denselben Bestimmungen wie das Floßpfand. Die allgemeine Vorschrift des § 223 BGB. muß der besonderen des § 30 FlößG. weichen. — — —"

Urteil des OLG. Bamberg (1. Sen.) v. 20. Nov. 1915. Preuß. Fiskus w. W. L. 228/13. Chr.

---

118. Haftung des Verfrachters für Seetüchtigkeit des Schiffes;* Entlastungsbeweis und Freizeichnung.**

*Vgl. 32 Nr. 99; 34. Nr. 61; — **Vgl. 4 Nr. 113. 114; 7 Nr. 310; 40 Nr. 225. HGB. §§ 559. 657; BGB. § 157.

Die Ursache der Ladungsbeschädigung ist aufgeklärt durch die Stauungs- und Garnierungsbescheinigung, es war die Undichtigkeit eines bleiernen Abflußrohres an Backbordseite, aus welchem Wasser in größeren Mengen in den Laderaum auf die klägerische Ladung herabfloß. Die Schadhaftigkeit eines derartigen Rohrs bedeutet Seeuntüchtigkeit. Die Parteien sind darüber einig, daß der Bruch des Abflußrohrs bei den Abbringungsarbeiten nach Festgeraten des Schiffes auf dem La Plata zwischen Buenos Aires und Montevideo erfolgt ist, also vor Antritt der das klägerische, in Montevideo eingeladene Stückgut betreffenden Reise. Die Beklagte haftet also nach HGB. § 559 Abs. 2 für den aus dem mangelhaften Zustande des Schiffs entstandenen Schaden, es sei denn, daß der Mangel bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters nicht zu entdecken war.

Der Entlastungsbeweis ist in der Weise zu führen, daß der Verfrachter die Ursache der Nichtentdeckung des Mangels aufzuklären und in bezug auf den hieraus sich ergebenden Tatbestand darzutun hat, daß ihm und den Personen, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden nicht zur Last falle (RG.-Entsch. 67, 304). Die Ursache der Nichtentdeckung des Mangels ist die nicht erfolgte Überholung des Schiffes oder wenigstens der Räume, in welche die Montevideo-Ladung verstaut werden sollte. Wenn die Beklagte meint, zu einer solchen im Lauf der Reise des Schiffs ungewöhnlichen und vielleicht mit viel Mühe verbundenen Maßregel nicht verpflichtet gewesen zu sein, so verkennt sie das Maß der ihr als Verfrachterin obliegenden Verpflichtungen. Sie hatte nach § 559 HGB. auch für die in Montevideo hinzukommende Ladung ein seetüchtiges Schiff zu liefern. Wenn sie der Regel nach hätte glauben dürfen, daß die „Silvia" in allen ihren Teilen in Ordnung sei, so war dies nach der Haverei auf dem La Plata nicht der Fall, man hat nachher, wie die Verklarung ergibt, mit Schäden am Schiffe gerechnet. Ob man der bereits im Schiff befindlichen Ladung gegenüber zur Feststellung dieser Schäden durch Überholung des Schiffs verpflichtet war, bedarf keiner Erörterung, aber der neu hinzukommenden Ladung, der man das Schiff in seetüchtigem Zustande zu liefern hatte, war man verpflichtet, zum mindesten die Räume, in die man sie verstauen wollte, zu überholen, sicherlich den Raum, über dem sich, wie man wissen mußte, Abflußrohre befanden, deren Bruch in Fällen von Havereien wie die geschehene keine Seltenheit ist. Die Beklagte hat also den Entlastungsbeweis des § 559 Abs. 2 nicht geführt.

Zu Unrecht beruft sich die Beklagte auf die in ihrem Konnossement enthaltenen Freizeichnungen. „Bruch" ist ein Zerbrechen der Ladung, nicht eines Schiffsteils; „Leckage" Ausfließen flüssiger Ladung aus ihren Behältnissen, nicht Beschädigung durch von außen kommende Leckage andrer Gegenstände (Scrutton Charterp. and bills of lading 213). Die Freizeichnung von „den Folgen aus den mit der See- und Dampfschiffahrt verbundenen Gefahren" schützt nicht vor der Haftung für Seeuntüchtigkeit;

Hans.OLG. in HansGZ. Hbl. 1910, 138; RG. in HansGZ. Hbl. 1886, 19; Scrutton 308.

Ebensowenig die allgemeine Freizeichnung von „Verschulden der Besatzung";

RG. in HansGZ. Hbl. 1886, 19; Brandis Seer. 2, 10; Scrutton 216; Wüstendörfer Studien 1, 398; Ulrich ZVersWiss. 12, 1056;

denn Grundlage der Haftung aus § 559 ist, wie das Landgericht zutreffend betont, nicht das Verschulden der Schiffsbesatzung, vielmehr eine frachtrechtliche Gewährleistung.

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 20. Dez. 1915. H. B. & Co. w. Hamb. Amer. Paketf. A.-G. Bf. I. 219/15. Nö.

II. Verfahren.

119. Gebührenfreiheit; der § 98 Abs. 4 GKG. bezieht sich nicht auf freiwillige Übernahme der Kosten.

Vgl. 65 Nr. 224.
GKG. § 98 Abs. 4.

Dem Landgericht ist darin beizutreten, daß die Vorschrift des § 98 Abs. 4 GKG. sich entsprechend ihrem deutlichen Wortlaut nur auf den Fall bezieht, daß dem Reiche Kosten des Verfahrens durch gerichtliche Entscheidung „auferlegt" sind, nicht aber auf den hier vorliegenden Fall, daß das Reich vergleichsweise die Kosten des Rechtsstreits übernommen hat.

Der im § 98 Abs. 4 in Bezug genommene § 86 GKG. betrifft sowohl die Auferlegung der Kosten durch gerichtliche Entscheidung als auch die Übernahme der Kosten durch eine dem Gericht zugehende Erklärung. Ausdrücklich aber ist im § 98 Abs. 4 nur die erste dieser beiden Voraussetzungen wiederholt, und, daß es sich hierbei um einen Fehler im Ausdruck handeln sollte, erscheint um so mehr ausgeschlossen, als an andrer Stelle, nämlich im § 88, wiederum nur der zweite Fall des § 86, der Fall der Kostenübernahme, zitiert ist, und zwar auch hier unter Hinzufügung eines Hinweises auf § 86. Aus diesem Hinweis läßt sich also nicht schließen, daß, obwohl nur eine Voraussetzung des § 86 erwähnt ist, doch auch die andre in diesem Paragraphen enthaltene Voraussetzung anzuwenden sei.

Aber auch sachliche Gründe gebieten nicht eine Ausdehnung des § 98 Abs. 4 über seinen klaren Wortsinn hinaus. Denn, wenn auch das Reich in dem Verfahren vor den Landgerichten von der Gebührenzahlung befreit sein soll, so würde doch die Vorschrift des § 98 Abs. 4, wenn man sie auch auf Fälle freiwilliger Kostenübernahme durch das Reich erstrecken wollte, dem Reiche die Möglichkeit geben, durch Abgabe einer einfachen Übernahmeerklärung, die eine Kostenpflicht des Reiches nicht begründen würde, dem Landesfiskus den gegenüber der Gegenpartei bereits erworbenen Gebührenanspruch schlechthin wieder zu entziehen. Es kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz dem Reich eine solche weitgehende Befugnis hätte gewähren wollen.

Es entspricht denn auch, wie das Landgericht bereits hervorgehoben hat, der herrschenden, namentlich durch das preuß. Justizministerium vertretenen Auffassung, den § 98 Abs. 4 auf die Fälle freiwilliger Kostenübernahme nicht auszudehnen; vgl. die Allg. Verf. des preuß. Justizministers v. 8. Dez. 1902 (JMBl. 302) und OLGRspr. 7, 222; 21, 132.

Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

Beschluß des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 7. Okt. 1915. R. w. Reichsmil.-Fiskus. W I. 78/15. — Schlesw.-Holst. Anz. 1915, 260.

120. Gerichtsstand des Erfüllungsorts für den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, wenn die beanstandete Ware nach § 379 Abs. 2 HGB. versteigert und der Erlös hinterlegt worden ist.

Vgl. 52 Nr. 148 m. N.; 54 Nr. 80; 63 Nr. 142; 64, Nr. 55.
ZPO. § 29; BGB. § 269; HGB. § 379.

Die vom Landgericht verneinte Zuständigkeit des angerufenen Gerichts kann, da andre Gründe dafür nicht vorliegen, nur dann aus § 29 ZPO. hergeleitet werden, wenn Lübeck für den eingeklagten Anspruch als Erfüllungsort anzusehen ist. Der Klaganspruch geht auf Rückzahlung des Kaufpreises aus einem Kaufvertrage, den die Klägerin wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Ware wandeln will, und zwar handelt es sich darum, wo dieser Rückzahlungsanspruch in einem Fall erfüllt werden muß, wo die gelieferte Ware nach § 379 Abs. 2 HGB. versteigert worden und deshalb nicht mehr vorhanden ist.

Die in Lübeck wohnende Klägerin hatte von dem in Ostpreußen angesessenen Beklagten Saatkartoffeln unter der Abmachung gekauft, daß Beklagter die Kartoffeln waggonfrei Gilgenburg (Ostpreußen) liefern und an die von der Klägerin anzugebende Adresse absenden sollte, während Klägerin den Kaufpreis bei einem Vorschußverein in Gilgenburg gegen Aushändigung des Duplikatfrachtbriefs einzuzahlen hatte. Diesen Abmachungen gemäß ist der Vertrag ausgeführt, und zwar hat Klägerin die Ware nach Lübeck schicken lassen. Hier sollen die Kartoffeln sich als nicht vertragmäßig erwiesen haben, die Klägerin erwirkte eine einstweil. Verfügung, durch die sie unter der Auflage, den Erlös für den Beklagten zu hinterlegen, zum öffentlichen Verkauf ermächtigt wurde, ließ die Kartoffeln versteigern und, nachdem dies geschehen war, die beim Landgericht Lübeck eingereichte Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises dem Beklagten zustellen. Später wurde der Versteigerungserlös beim Amtsgericht Lübeck hinterlegt.

Die Frage, ob unter diesen Umständen Lübeck der Erfüllungsort für den eingeklagten Anspruch ist, muß mit dem Landgericht verneint werden. Zwar befand die Ware sich, solange sie noch nicht versteigert war, „dem Vertrage gemäß" in Lübeck, so daß nach den vom Reichsgericht (Entsch. 55, 108) ausgeführten Grundsätzen, wenn die Kartoffeln dort noch vorhanden wären, der Rückzahlungsanspruch der Klägerin in Lübeck zu erfüllen sein würde. Allein mit der Versteigerung der Kartoffeln ist der einzige Grund weggefallen, aus dem Lübeck als Erfüllungsort für den fraglichen Rückzahlungsanspruch angenommen werden müßte, nämlich der Grund, daß der Beklagte Zug um Zug gegen die Rückzahlung des Kaufpreises Aushändigung der Ware fordern konnte, und deshalb in Lübeck, wo die Ware sich dem Vertrage gemäß befand, leisten mußte. Von diesem Gesichtspunkt abgesehen, ist bei der Wandelung, da weder die Natur des Schuldverhältnisses noch sonstige Umstände einen andern Erfüllungsort ergeben, die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises nach § 269 BGB. im Wohnsitze des Käufers zu erfüllen. Der

Versteigerungserlös ist allerdings an die Stelle der Ware getreten, so daß der Beklagte jetzt Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises Auskehrung des Erlöses fordern kann. Die Einwilligung der Klägerin zur Auskehrung dieses kraft richterlicher Anordnung in Lübeck hinterlegten Erlöses ist auch in Lübeck zu erklären, aber diese Erklärung steht nicht in solchem Zusammenhange mit der Zahlungspflicht des Beklagten, daß deshalb auch diese in Lübeck erfüllt werden müßte.

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 24. Jan. 1916. Sp. & F. w. A. R. Bf I. 262/15. Nö.

---

121. Die Erinnerung gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse des Gerichtsschreibers unterliegt auch in Landgerichtsprozessen nicht dem Anwaltszwange.

ZPO. §§ 104. 576/7; GKG. § 4.

Das Landgericht hat die in § 104 Abs. 3 ZPO. vorgesehene Erinnerung gegen die vom Gerichtsschreiber getroffene Kostenfestsetzung dem in § 576 ZPO. behandelten Antrage auf Änderung der Entscheidung des Gerichtsschreibers gleichgestellt. Weil nun dieser Antrag nach § 577 Abs. 4 ZPO. für den Fall, daß die Entscheidung des Gerichts der sofortigen Beschwerde unterliegen würde, auf dem für die Beschwerde vorgeschriebenen Wege gestellt werden muß, und weil die sofortige Beschwerde gemäß § 569 ZPO. dem Anwaltszwange unterliegt, wenn der Rechtsstreit in erster Instanz bei einem Landgericht anhängig gewesen ist, so hat das Landgericht angenommen, daß auch für die Erinnerung des § 104 Abs. 3 Anwaltszwang bestehe, wenn sie sich gegen die Kostenfestsetzung des Gerichtsschreibers eines Landgerichts richtet.

Diese Auffassung kann für zutreffend nicht erachtet werden. Es fehlt ein hinreichender Anlaß, die Erinnerung des § 104 Abs. 3 den Fällen des § 577 Abs. 4 gleichzustellen. In letzteren Fällen hat das Prozeßgericht, wenn es die Entscheidung des Gerichtsschreibers nicht ändern will, sich der eigenen Entscheidung zu enthalten und den Antrag dem Beschwerdegericht vorzulegen; hieraus ergibt sich, daß in dem Antrage nach der Meinung des Gesetzes bereits die sofortige Beschwerde gegen die gerichtliche Entscheidung für den gedachten Fall gefunden werden soll. Im Falle des § 104 aber hat unter allen Umständen zunächst das Gericht, dessen Gerichtsschreiber den angefochtenen Beschluß erlassen hat, über die Erinnerung zu entscheiden, und wenn es die Kostenfestsetzung des Gerichtsschreibers billigt, so bedarf es erst einer nunmehr zu erhebenden sofortigen Beschwerde der benachteiligten Partei, um die Entscheidung des Gerichts der höheren Instanz herbeizuführen. Da das Gesetz der Erinnerung also einen anderen Charakter und einen anderen prozessualen Erfolg als dem Antrag aus den §§ 576. 577 beilegt, ist es nicht richtig, die Formvorschriften des § 577 auf die Erinnerung zu übertragen.

Näher liegt es, auf den § 4 Abs. 3 GKG. hinzuweisen. Die Bestimmung, daß die Einlegung von Erinnerungen zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder schriftlich ohne Mitwirkung eines Anwalts erfolgen kann, bezieht sich dort zwar nur auf die Berechnung der an das Gericht zu zahlenden Kosten. Für die analoge Anwendung auf die Berechnung der von der unterliegenden Partei an die obsiegende zu erstattenden Kosten spricht aber der Umstand, daß das Verhältnis der ersten Festsetzung zu der auf die Erinnerung erfolgenden Entscheidung sowie die Bedeutung der Erinnerung selbst in beiden Fällen die gleiche ist.

Aber es kann auch diese Analogie dahingestellt bleiben. Der § 104 Abs. 3 enthält selbst jedenfalls keine Vorschrift, daß für die Erinnerung eine bestimmte Form zu beobachten sei. Ein sachlicher Grund, eine solche, insbesondere in Landgerichtsprozessen den Anwaltszwang für geboten zu erachten, ist nicht ersichtlich. Für den Antrag auf Kostenfestsetzung selbst, welcher häufig eine eingehende Berechnung erfordert, sind in § 103 Formvorschriften nicht gegeben, und die Erinnerung, die nur die Nachprüfung des Gerichts gegenüber der Berechnung des Gerichtsschreibers bezielt, bedarf zu diesem Zweck der Mitwirkung eines Anwalts nicht. Zu beachten ist auch, daß vor der Novelle v. 1. Juni 1909 das Festsetzungsgesuch an das Gericht zu richten und hier frei vom Anwaltszwange war. Nachdem jetzt die erste Entscheidung über die zu erstattenden Prozeßkosten dem Gerichtsschreiber übertragen worden ist, liegt es in der Tendenz der Gesetzgebung, auch die Erinnerung, welche nunmehr die Entscheidung des Gerichts über die Kostenfestsetzung herbeizuführen bestimmt ist, ebenso formfrei zu gestalten wie den Antrag, der vorher diesem Zweck diente. Die Absicht der Novelle war, das Kostenfestsetzungsverfahren tunlichst einfacher zu gestalten, nicht aber, es durch Formvorschriften zc. verwickelter zu machen.

Die Auffassung, daß die Erinnerung des § 104 Abs. 3 auch in Landgerichtsprozessen dem Anwaltszwange nicht unterliege, wird von den Kommentaren zur ZPO. einmütig vertreten. Vgl. Förster Komm. Bem. 6c; Gaupp-Stein, Bem. V, 4; Remelé (zu Petersen), Bem. 3; Skonietzki-Gelpcke, Bem. 8; Seuffert, Bem. 3; Struckmann-Koch, Bem. 3; desgl. Willenbücher Kostenfestsetzung[8] 102 Nr. 3. In der Rechtsprechung wird die Ansicht des LG. zwar vom OLG. Naumburg in OLGRspr. 27, 52 geteilt; die herrschende Meinung steht aber auch hier auf dem entgegengesetzten Standpunkt, s. die Fußnote in OLGRspr. 27, 52 und die Entscheidungen der OLG. Celle und Posen in OLG. Rspr. 29, 26.

Somit war der Beschluß des Landgerichts aufzuheben. Da dieses bisher die Sache selbst nicht geprüft, sondern die Erinnerung aus einem formalen Grunde zurückgewiesen hat, so ist es, wenn nicht geboten, so doch zweckmäßig, daß die Beschwerdeinstanz die sachliche Entscheidung gemäß § 755 ZPO. der Vorinstanz überträgt.

Vgl. Gaupp-Stein Bem. 2 und Seuffert Bem. 1 zu diesem §; RGEntsch. 14 Nr. 109 S. 389; OLG. Bamberg in SeuffA. 59 Nr. 166.

Beschluß des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 10. Jan. 1916 D. w. F. — 45, 1/16. K—n.

---

122. Verwertung einer bestrittenen Behauptung des Beklagten zugunsten des Klägers.

Vgl. 67 Nr. 236 m. N.; 68 Nr. 47.
ZPO. § 286.

Durch Vertrag v. 13. Juli 1909 hatte der Kläger die Bank P. in K. mit dem Verkauf seines Ritterguts beauftragt und gleichzeitig zur Ausführung dieses Auftrags dem Bankdirektor L. persönliche Vollmacht erteilt, das Gut für ihn zu verkaufen und aufzulassen sowie die sämtlichen bei der Auflassung erforderlichen Erklärungen für ihn abzugeben. Das Gut wurde verkauft und am 31. Dezember 1910 dem Käufer aufgelassen. Bei der Auflassung erklärte L., der als Bevollmächtigter des Klägers die Auflassung vornahm, namens des Klägers zu gerichtlichem Protokoll, daß auf dem Gut kein Patronat der katholischen Kirche zu Sch. laste und daß er die Gewähr dafür übernehme, daß der Käufer wegen der mit dem Patronate verbundenen Lasten nicht in Anspruch genommen werde. Tatsächlich lastete aber das Patronat auf dem Gute. Der Käufer erwirkte ein Urteil des Landgerichts P., durch das der Kläger verurteilt wurde, ihn von der Patronatlast zu befreien. In diesem Rechtsstreit hatten beide Parteien dem jetzigen Beklagten L. den Streit verkündet; er war dem Käufer als Nebenintervenient beigetreten. Nach Rechtskraft dieses Urteils schloß der Kläger mit dem Käufer einen Vergleich, in dem er sich zur Zahlung von 5000 M zur Ausgleichung aller Ansprüche des Käufers aus dem Urteil und zur Übernahme sämtlicher Kosten verpflichtete. Die 5000 M und 796 M Prozeßkosten sind von dem Kläger gezahlt. Darauf forderte der Kläger Ersatz dieser Beträge von dem Beklagten L. — Das Landgericht wies die Klage ab, während das Ber.-Gericht die Entscheidung von einem Eide des Klägers abhängig machte, daß er den Beklagten nicht beauftragt habe, vor der Auflassung des Ritterguts die Erklärung abzugeben, daß auf diesem kein Patronat der Kirche ruhe. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Revision greift die Feststellung des Ber.-Gerichts an, daß neben dem Vertragsverhältnisse zwischen dem Kläger und der Bank auch ein solches zwischen dem Kläger und dem verklagten Bankdirektor bestanden habe. Das Ber.-Gericht stützt aber diese Feststellung auf tatsächliche Erwägungen, deren Richtigkeit von dem Rev.-Gericht nicht nachzuprüfen ist; ein Rechtsirrtum liegt nicht vor. Insbesondere ist auch darin kein Rechtsverstoß zu finden, daß der Ber.-Richter als wesentlichen Stützpunkt für die Annahme eines Auftragsverhältnisses zwischen den jetzigen Prozeßparteien die Behauptung des Beklagten verwertet, der Kläger habe ihn ausdrücklich beauftragt, vor der Auflassung die Erklärung abzugeben, daß auf dem Gute kein Patronat der Kirche zu Sch. ruhe. Allerdings hat der Kläger diese Behauptung bestritten und den ihm darüber zugeschobenen Eid angenommen. Das steht

aber der Verwertung der Behauptung in der Weise, wie es in dem angefochtenen Urteil geschehen, nicht entgegen. Die Tatsache, ob der Kläger dem Beklagten einen ausdrücklichen Auftrag des von diesem behaupteten Inhalts gegeben hat, steht zwar bei dem Bestreiten des Klägers nicht fest, sie wird auch von dem Vorderrichter nicht als feststehend erachtet. Aus dem Umstande, daß der Beklagte eine solche Behauptung aufgestellt hat, durfte das Ber.-Gericht aber gemäß § 286 ZPO. einen Beweisgrund für die Richtigkeit der von dem Kläger aufgestellten Behauptung entnehmen, daß die Parteien in ein unmittelbares Auftragsverhältnis zueinander getreten seien. Mag auch vielleicht, was hier dahingestellt bleiben kann, dem Urteil des 5. Zivilsen. in RGEntsch. 78, 345 und in SeuffA. 67 Nr. 236 (vgl. auch SeuffA. 51 Nr. 147 und JW. 1914, 688), das die Revision unter Berufung auf das Urteil des 1. Zivilsen. in JW. 1893, 95[9] (vgl. auch daselbst 1898, 413[2] und die Urteile des 6. Zivilsen. v. 23. März 1903, VI. 382/1902, v. 16. Juni 1904, VI. 509/1903 und v. 18. Okt. 1906, VI. 15/1906) bekämpft, nicht zuzustimmen und die Verwertung einer von dem Gegner bestrittenen, nicht erwiesenen Behauptung zuungunsten der behauptenden Partei nicht allgemein zulässig sein, so ist ihre Berücksichtigung im vorliegenden Fall doch durch die Vorschrift des § 286 gerechtfertigt, wonach das Gericht ‚unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen' nach freier Überzeugung über die Wahrheit oder die Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung zu entscheiden hat. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. März 1915 L. (Bkl.) w. D. (OLG. Posen.) III. 24/15. Auch in RGEntsch. 86 Nr. 81 S. 331.

---

123. Grenzen der Zulässigkeit von Zeugenbenennungen* und Eideszuschiebungen.**

*Vgl. 57 Nr. 115 m. N. — **Vgl. 24 Nr. 172; 49 Nr. 62 m. N.; 62 Nr. 68; 65 Nr. 236 S. 443.
ZPO. §§ 373. 445.

Der Kläger war der Meinung, daß für ihn und seine Verwandten väterlicherseits „eine Erbschaft vorliege", von der er vermutete, daß sie im Nachlasse des, wie er annahm, einige Jahre vor 1904 „in Amerika" gestorbenen, angeblich i. J. 1805 in K. geborenen Ch. A. K. bestehe. Er behauptete, er habe zum Zweck der Erhebung der Erbschaft seiner Verwandten, der Witwe E., die nötigen Papiere übergeben und sei von ihr an ihren Schwiegersohn, den Beklagten, verwiesen worden, der „die Ausmittelung und Einziehung des Nachlasses schon in die Hand genommen habe". Er habe i. J. 1904 mit dem Beklagten mehrfach verhandelt und diesem die ganze Angelegenheit überlassen, nachdem er von demselben die Zusicherung erhalten gehabt habe, daß er „alles zur Ausforschung der Person des Erblassers, des Nachlasses,

dessen Umfangs und zur Erledigung der bei Auszahlung und Verteilung erforderlichen Formalien notwendige besorgen" werde. Weiter behauptete er in 2. Instanz:

1. Der Beklagte habe tatsächlich die Erbschaft erhoben und sei erst dadurch in seine jetzige glänzende Vermögenslage gekommen (Beweis drei Zeugen);
2. als der Beklagte einmal im Spiel 4000 ℳ verloren habe, sei von einem Jagdfreunde, dem Gutsbesitzer R. in Z., bemerkt worden: „Na, der kann es verschmerzen, der hat Millionen geerbt" (Beweis zwei Zeugen).

Nach Erhebung dieser Beweise benannte der Kläger zu beiden Punkten je zwei weitere Zeugen und erklärte auf Befragen: er nehme an, daß die beiden zu 2. Genannten von dem, worüber sie aussagen sollten, gehört hätten; es sei aber auch nicht ausgeschlossen, daß es Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sei. Auch schob er dem Beklagten den Eid über das Vorbringen zu 1. zu.

Der Beklagte bestritt alle Behauptungen und nahm den ihm zugeschobenen Eid mit der Bitte an, die Zulässigkeit der Eideszuschiebung zu prüfen. — Die Berufung wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

— — — „Die Behauptung des Klägers, daß der Beklagte die große Erbschaft erhoben habe, beruht nicht auf dem Wissen des Klägers oder auf dem Wissen derer, die er dafür als Zeugen benennt, sondern lediglich auf dem unbegründeten, aber gleichwohl eingewurzelten Glauben des Klägers vom Anfall der Erbschaft und auf dem, was Zeugen über angebliche Äußerungen Dritter berichtet haben, deren Zuverlässigkeit sowenig wie die der Zeugen feststeht oder nachgeprüft werden kann. Der auf Antrag des Klägers insoweit erhobene Beweis hat kein Ergebnis gehabt. Der neuerdings dazu angebotene Zeugenbeweis aber ist abzulehnen, und zwar, wenn nicht schon auf Grund von § 374 ZPO., so doch um deswillen, weil das eigene Vorbringen des Klägers deutlich ergibt, daß er nicht Tatsachen unter Beweis stellt, die auf bestimmten Wahrnehmungen beruhen, sondern nur solche, die er, dafern er sie nicht überhaupt aus der Luft greift, aus nicht nachprüfbaren Tatsachen folgert. Das gilt sowohl für die Behauptung der Einhebung der Erbschaft seitens des Beklagten, wie von der unterstützenden Behauptung unter 2. oben im Tatbestande. Ob diese nicht auch durch die Aussage des Zeugen Kl. widerlegt wird, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls verdanken die neuen Beweisanträge dazu ihr Entstehen lediglich der Angabe des Zeugen R., der es als möglich bezeichnet, daß die in sein Wissen gestellte Äußerung von einem der beiden neu benannten Zeugen getan worden sein könnte. Im Umfange der nachträglichen Zeugenbenennung des Klägers zu seinem Vorbringen unter 1. und 2. oben im Tatbestande liegt also keine nach § 373 ZPO. zulässige Beweisantretung vor, und zwar sowenig, wie im Umfange der Eideszuschiebung zu 1., die nicht über eine Beweistatsache erfolgt ist (§ 445 ZPO.) und

außerdem nur den Zweck verfolgt, den Beklagten zu Eröffnungen zu zwingen, damit der Kläger daran ermessen könne, ob und inwieweit sein Glauben oder Meinen eine tatsächliche Grundlage habe. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 9. Dez. 1915 K. (Kl.) w. Kn. — 5 O. 5/15. Ch.

124. Pfändung eigener Sachen des Gläubigers beim Schuldner; Einwand des Schuldners, daß sein Besitz- und Benutzungsrecht verletzt werde oder daß die Sachen unentbehrlich seien.

Vgl. 68 Nr. 223 m. N.
ZPO. §§ 808. 766. 811.

Der Umstand, daß die Pfandgegenstände dem Gläubiger sicherunghalber zu Eigentum übertragen sind, steht ihrer Pfändung nicht entgegen;

vgl. a. u. Gaupp-Stein[10] Bem. II. 4 zu § 804 ZPO.; Hein Zw.-Vollstr.[2] 100. 101; RGEntsch. 79, 241 ff. (SeuffA. 68 Nr. 223).

Der Schuldner kann allerdings auch dann, wenn der Gläubiger eigene Gegenstände bei ihm pfänden läßt, Einwendungen gegen die Art und Weise der Zw.-Vollstreckung gemäß § 766 ZPO. erheben, „wenn die Pfändung eine Verletzung des ihm zustehenden Besitz- und Benutzungsrechts darstellt";

vgl. einerseits OLGRspr. 22, 363 u. 27, 174; und anderseits RGEntsch. 79, 244.

Er kann sich unter dieser Voraussetzung auch auf § 811 ZPO. stützen. Gegebenenfalls besteht aber kein Besitz- und Benutzungsrecht der Schuldner mehr. Nach dem Vertrage über die Sicherungsübereignung ist der Gläubiger, da die Schuldner ihren Verpflichtungen aus dem Darlehnsvertrage nicht nachgekommen sind, berechtigt, sich die Pfandgegenstände ohne weiteres anzueignen. Er könnte eventuell Wegnahmeurteil erwirken. Die Schuldner können daher nicht mehr einwenden, sie hätten fernerhin ein Recht auf Besitz und Benutzung der Sachen. Übrigens wäre auch die angebliche Unentbehrlichkeit der gepfändeten Gegenstände keineswegs glaubhaft gemacht.

Die weitere sofortige Beschwerde der Schuldner gegen den Beschluß des Landgerichts war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Beschluß des OLG. München (2. Sen.) v. 7. Dez. 1915 R. w. R. — Beschw.-Reg. 582/15. F—z.

125. Umschreibung im Musterregister im Zw.-Vollstr.-Wege.

Vgl. 56 Nr. 142 m. N.; 59 Nr. 215.
ZPO. §§ 887. 888.

Die Parteien hatten vor dem Landgericht einen Vergleich geschlossen, in welchem die zwischen ihnen bestehende Gesellschaft für aufgehoben erklärt und dem jetzigen Antragsteller u. a. ein Anspruch auf zwei Geschmacksmuster überwiesen wurde. Auf Grund dieses Vergleichs beantragte der Antragsteller beim Landgericht, da der Gegner der Verpflichtung zur Übertra-

gung der Muster nicht nachkomme, ihn gemäß § 887 ZPO. zu ermächtigen, die Übertragung der Muster auf seinen Namen auf Kosten des Gegners vorzunehmen. — Das Landgericht gab dem Antrag statt, während er vom Oberlandesgericht abgewiesen wurde. Aus den Gründen:

„Das Urheberrecht an den Mustern ist durch den Vergleich v. 27. Juli 1915 auf den Antragsteller übergegangen. Von einem Vermerk im Musterregister ist der Rechtsübergang nicht abhängig (vgl. Allfeld Gewerbl. Urheberr. 319). Trotzdem ist nicht zu bezweifeln, daß der Erwerber des Rechts gegenüber dem im Musterregister als Inhaber des Rechts Eingetragenen einen Anspruch auf Vermerk des Rechtsüberganges im Musterregister hat, und es besteht auch kein Bedenken dagegen, in dem gerichtlichen Vergleich v. 27. Juli 1915 einen Titel auf Bewirkung der Umschreibung im Musterregister zu erblicken.

Aber auch von dieser Grundlage aus erachtet das Beschwerdegericht den Antrag, den Gläubiger gemäß § 887 ZPO. zur Abgabe der Umschreibungserklärung namens des Schuldners zu ermächtigen, nicht für begründet. Freilich ist, da nicht ein rechtskräftiges Urteil, sondern ein nach § 794 ZPO. vollstreckbarer Vergleich den Titel der Zw.-Vollstreckung bildet, der § 894 ZPO. nicht anwendbar, so daß die Umschreibungserklärung nicht etwa als bereits mit Abschluß des Vergleichs abgegeben gelten kann (vgl. RGEntsch. 55, 57, in SeuffA. 59 Nr. 215; Gaupp-Stein Bem. I. 1 zu § 894 ZPO.). Aber auch der § 887 ZPO. ist nicht anwendbar. Abweichend von der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts ist das Beschwerdegericht in Übereinstimmung mit den Ausführungen bei Gaupp-Stein Bem. II 2b zu § 887 ZPO. der Ansicht, daß hier nicht eine Handlung in Frage steht, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann. Die Möglichkeit der Vornahme für den Schuldner, die nach § 887 ZPO. Voraussetzung der gerichtlichen Anordnung sein soll, darf nicht erst durch die als Wirkung der gerichtlichen Anordnung anzusehende Ermächtigung geschaffen werden.

Es bleibt dem Gläubiger also nur der Weg des § 888 ZPO. für die Zw.-Vollstreckung offen, der hier nicht gewählt ist. — — —"

Beschluß des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 18. Jan. 1916 in der Zw.-Vollstr.-Sache H. w. B. Bs. Z II. 132/15. Nö.

---

126. Arrestanordnung in das inländische Vermögen einer englischen Lebensversicherungsgesellschaft zur Sicherung eines inländischen Versicherungnehmers.

ZPO §§ 916. 917; VersVG. §§ 1. 159.

Der Kläger, der 70 Jahre alt ist, ist seit dem Jahre 1871 bei der englischen Lebens- und Rentenversicherungsgesellschaft Gresham für sein Leben mit 8000 *M* versichert. Diese Gesellschaft, die in London ihren Sitz hat, ist zum Geschäftsbetrieb in Bayern zugelassen und hat zur Sicherstellung der

in Bayern ansässigen Versicherungnehmer die ihr durch Entschließung des Staatsministeriums des Innern v. 28. Juli 1865 auferlegte Kaution zu 100000 Gulden hinterlegt, über welches Depot ohne Genehmigung des genannten Ministeriums nach den Hinterlegungsbestimmungen v. 19. August 1914 nicht verfügt werden darf. Seit dem Jahre 1902 hat die Gesellschaft die Eingehung neuer Versicherungsgeschäfte im deutschen Reichsgebiet eingestellt und ihre Tätigkeit auf die Abwickelung der abgeschlossenen Geschäfte eingeschränkt und die hierzu erforderlichen Geldbeträge stets aus London übersandt. Bei Ausbruch des Krieges erließ die englische Staatsregierung ein Verbot an die Angehörigen des englischen Reiches, Zahlungen an Deutschland zu leisten. Im September 1914 wurde ein Anwalt in H. als Aufsichtsperson für die in Deutschland befindliche Zweiganstalt der Gresham bestellt.

Der Kläger beantragte beim Landgericht, zur Sicherung der Versich.-Summe und von 2000 ℳ Gewinnteilanspruch dinglichen Arrest in das im Inlande befindliche Vermögen der Gresham anzuordnen und ihren Anspruch gegen das Staatsministerium des Innern und die . . . -Bank auf Herausgabe der hinterlegten Sicherheit zu 100000 Gulden, sowie andre Ansprüche der Gesellschaft gegen Bevollmächtigte und gegen die Aufsichtsperson auf Herauszahlung von Geldern und Ablieferung von Wertpapieren zu pfänden. Das Landgericht erließ den beantragten Arrestbefehl und Pfändungsbeschluß und bestätigte auf den Widerspruch der Beklagten den Arrestbefehl durch Urteil. Die Berufung der Arrestbeklagten hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht geht insoweit der Beklagten einig, als es deren durch den Krieg herbeigeführte schlechte Vermögenslage und die drohende Konkurrenz andrer Gläubiger nicht als Arrestgrund ansieht. Eine nachträgliche Verschlechterung der Vermögenslage der Beklagten durch ihre deutschen Organe oder durch den staatlich aufgestellten Aufsichtsbeamten ist nicht glaubhaft gemacht, ja überhaupt nicht behauptet. Wohl aber ist für die deutschen Gläubiger der Beklagten ein vollgültiger Arrestgrund geschaffen durch das an alle englische Staatsangehörigen gerichtete Verbot der englischen Regierung, an deutsche Reichsangehörige irgendwelche Zahlungen zu leisten. Hierdurch ist den deutschen Gläubigern jede Möglichkeit abgeschnitten, die ihnen rechtlich geschuldeten Zahlungen aus dem Gebiet des englischen Reichs zu erhalten; auch nach Beendigung des Krieges ist wegen des erbitterten Hasses der leitenden Kreise gegen Deutschland mit einer wenigstens tatsächlich eintretenden Erschwerung der Rechtsverfolgung in England zu rechnen. Die Beklagte räumt selbst ein, daß ihre zurzeit für die deutschen Gläubiger verfügbaren Mittel nur 500000 ℳ ausmachen, also nur ein Viertel der fälligen Forderungen der deutschen Gläubiger zu 2 Millionen. Diese brauchen nicht tatenlos die Hände in den Schoß zu legen und zuzuwarten, bis ihnen die Gnade der englischen Staatsregierung den Rechtsverkehr wieder eröffnet und die Möglichkeit ge-

währt, ihre Rechte im englischen Ausland zu verfolgen, während doch die von der Beklagten hinterlegte Sicherheit und deren sonstige Einnahmen ihnen oder mindestens einigen von ihnen bei energischem Vorgehen hinreichende Sicherheit gewähren könnten.

Der Arrestkläger mag, da er bewußt mit einer ausländischen Gesellschaft einen Versich.-Vertrag geschlossen hat, hierdurch auf Erwirkung eines Arrestes wegen der Ausländereigenschaft seiner Vertragsgegnerin stillschweigend verzichtet haben. Die Abschneidung jeden Rechtsverkehrs durch das Zahlungsverbot der englischen Regierung brachte aber ihm wie allen deutschen Gläubigern der Beklagten die Gefahr, zum mindesten für die Dauer des Krieges keine Zahlungen aus dem hierfür allein zureichenden englischen Vermögen der Beklagten zu erhalten; die einzige Möglichkeit der Befriedigung oder Sicherung besteht somit für die deutschen Gläubiger der Beklagten in dem Zugriff auf ihre in Deutschland befindlichen, zur Deckung aller Gläubiger unzureichenden Mittel.

Auf die vom Aufsichtsbeamten angebotene gleichheitliche Verteilung der vorhandenen Mittel unter sämtliche Gläubiger brauchen sich die deutschen Gläubiger nicht verweisen zu lassen; jeder Gläubiger hat Anspruch auf volle Befriedigung seines fälligen Guthabens, solange nicht der Konkurs eröffnet ist. Die Zw.-Vollstreckung in das im Auslande befindliche Vermögen der Beklagten ist durch die englische Staatsregierung zum Nachteil der deutschen Gläubiger ausgeschlossen worden; diese sind daher noch schlechter gestellt als wenn sie bei Nichtanordnung des Arrestes im Ausland zu vollstrecken gezwungen wären. Diese Einwirkung der englischen Staatsregierung hat die deutschen Gläubiger nicht bloß geschädigt, sondern auch die Verlustgefahr für sie für die nächste Zukunft begründet und erhöht.

Ein Arrestgrund im Sinne des § 917 ZPO. ist daher als bestehend anzuerkennen.

Vgl. Posener Monatsschr. 1912, 4; JW. 1904, 557[20]; „Recht" 1908 Nr. 2055; RGEntsch. 67, 22 ff.

Die Forderung des Arrestklägers aus dem Versicherungsvertrag ist betagt; sie wird fällig mit seinem nur hinsichtlich des Zeitpunkts des Eintritts unbestimmten, angesichts des hohen Alters indes in nicht ferner Zeit zu erwartenden Ableben. Sicherung dieser betagten Forderung wird daher mit Recht begehrt (§ 916 Abs. 2 ZPO.).

Die Berufung der Beklagten erweist sich aus allen diesen Erwägungen als unbegründet. — — —"

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 27. Dez. 1915. Sch. w. Gresham. L. 603/15. F—z.



127. Erfordernis eines vollständigen Tatbestandes in den Beschlüssen des Beschwerdegerichts in der freiwill. Gerichtsbarkeit.

FGG. §§ 25. 27.

In Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit muß, ebenso wie in Grundbuchsachen, mit Rücksicht auf die Natur der weiteren Beschwerde als eines der Revison gleichstehenden Rechtsmittels an die Begründung einer auf Beschwerde ergangenen Entscheidung des Landgerichts die Anforderung gestellt werden, daß sie aus sich heraus dem Gericht der weiteren Beschwerde den Sachverhalt erkennbar macht. Für das Gericht der 3. Instanz sind die in der angefochtenen Entscheidung gerichtlich festgestellten Tatsachen maßgebend, und außer diesen Tatsachen dürfen andre regelmäßig nicht berücksichtigt werden (§ 27 FGG.; § 78 GBO.; § 561 ZPO.). Es muß also die Begründung des landgerichtlichen Beschlusses klar ersehen lassen, auf welchem Tatbestand das Landgericht seine Ausführungen aufbaut. Andernfalls kann das Gericht der weiteren Beschwerde nicht feststellen, ob die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht.

Im vorliegenden Fall fehlt es in dem landgerichtlichen Beschlusse an jedem Tatbestand, obwohl ausweislich der Akten der Beschwerde ein ziemlich umfangreicher Sachverhalt zugrunde lag. Das einzige, was der landgerichtliche Beschluß vom Sachverhalt angibt, ist, daß der Beschwerdeführer neue Tatsachen nicht vorgebracht, sondern sich darauf beschränkt habe, die bereits in 1. Instanz vorgebrachten Tatsachen zu wiederholen. Selbst wenn man annimmt, daß damit der Tatbestand des erstinstanzlichen Beschlusses in bezug genommen sei, so würde doch immer noch der Mangel bleiben, daß auch dieser Beschluß nicht annähernd vollständig den Sachverhalt enthält, den der Beschwerdeführer ausweislich der Akten den beiden Vordergerichten unterbreitet hatte. Das Amtsgericht hat zwar angegeben, daß der Beschwerdeführer die Absetzung des Testamentsvollstreckers wegen pflichtwidrigen Verhaltens im Amte verlange, hat sich aber, anstatt die Tatsachen nachzuprüfen, in denen der Beschwerdeführer dieses pflichtwidrige Verhalten erblickt, auf die Bemerkung beschränkt, daß die „vorgebrachten Tatsachen in jedem einzelnen Falle eingehend geprüft" seien.

Es läßt sich infolgedessen von dem Gericht der weiteren Beschwerde nicht nachprüfen, ob dem landgerichtlichen Beschluß ein Rechtsirrtum zugrunde liegt. Die Sache mußte daher unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses an das Landgericht zurückverwiesen werden.

Beschluß des KG. zu Berlin (1. Sen.) v. 21. Jan. 1915 betr. Nachlaß des N. in A. 1 X. 296/14. Schlesw.-Holst. Anz. 1915, 167.

I. Bürgerliches Recht.

128. Hemmung der Verjährung durch verzögerte Entscheidung über das vom Kläger benötigte Armenrecht.

BGB. § 203 Abs. 2.

Am 12. März 1910 fiel die minderjährige Klägerin in der L.straße zu Gr. über einen auf dem Fußsteige liegenden Steinhaufen und verletzte sich. Ihr Vater als ihr gesetzlicher Vertreter verklagte zunächst die Gemeinde Gr. auf Schadenersatz, weil sie den Unfall durch die Nichtbeleuchtung des Steinhaufens verschuldet habe, die Klage wurde aber vom Landgericht abgewiesen. Darauf nahm die Klägerin den Kreis Fr. in Anspruch, weil er weder den Steinhaufen beleuchtet noch die Gemeinde Gr. von der Anfuhr der Steine in Kenntnis gesetzt habe. Die Klage wurde in den beiden ersten Instanzen abgewiesen; das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. — Aus den Gründen:

„Der Beklagte hat der Klage neben andern Einwendungen die Einrede der Verjährung entgegengestellt. In 1. Instanz ist er mit ihr nicht durchgedrungen, weil die Klägerin erst durch das landgerichtliche Urteil im Vorprozesse von den Gründen Kenntnis erhalten habe, durch die eine Haftung der Gemeinde ausgeschlossen werde; es könne daher der Beginn der Verjährung nicht vor den 6. Mai 1912 gelegt werden. Abweichend hiervon will das Ber.-Gericht die Verjährung jedenfalls im August 1910 beginnen lassen. Der gesetzliche Vertreter der Klägerin habe schon im April 1910 erfahren, daß es sich um eine Kreisstraße handle, die Klägerin sei daher auch in der Lage gewesen, gegen den Kreis vorzugehen und hätte hierzu jedenfalls Ende August 1910 nach der ausdrücklichen Ablehnung jeder Haftung seitens des Kreises alle Veranlassung gehabt. Die jetzige Klage sei erst im Oktober 1913, also nach vollendeter Verjährung erhoben. Das Ber.-Gericht stellt sodann noch fest, daß die Klägerin nach Zurücknahme ihrer Berufung im Vorprozesse schon im Januar 1913 um Zulassung zum Armenrecht für die Klage gegen den Kreis nachgesucht hat, daß hierauf das Landgericht unter Aktenabgabe mit dem Kreisamte in Verhandlung getreten ist, dieses wiederum mit der

Frankfurter Versich.-Akt.-Gesellschaft verhandelt hat, und daß es erst am 18. Sept. 1913 zur Bewilligung des Armenrechts gekommen ist. Es wird anerkannt, daß bei normalem Geschäftsgange die Klage rechtzeitig hätte erhoben werden können, hierauf komme es aber nicht an und es brauche daher nicht geprüft zu werden, ob und wie sich die Verzögerung hätte vermeiden lassen.

Schon diese letzteren Ausführungen geben zu Bedenken Anlaß. Nach § 852 BGB. verjährt der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Daß dieser Zeitpunkt mit dem Unfall selbst zusammenfiele, nimmt der Vorderrichter nicht an, sondern verlegt ihn frühestens auf den April 1910 und jedenfalls auf den August desselben Jahres. Nun handelt es sich um einen Anspruch, der zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, mit Rücksicht auf § 78 ZPO. bedurfte daher die Klägerin zu seiner Verfolgung im Rechtswege der Tätigkeit eines bei dem zuständigen Landgericht zugelassenen Rechtsanwalts. Da sie die Kosten eines solchen nicht tragen kann, hat sie den gesetzlich vorgesehenen Weg eingeschlagen und die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Armenrecht beantragt. Daß dies rechtzeitig geschah und daß die Klagerhebung vor April und noch mehr vor August 1913 möglich gewesen wäre, wenn die Erledigung des Armenrechtsgesuchs in der gewöhnlichen Zeit erfolgt wäre, unterliegt keinem Zweifel, bis zur Beiordnung eines Anwalts aber war die Klägerin an der Rechtsverfolgung verhindert. Es mußte daher geprüft werden, ob dieser Behinderung rechtliche Bedeutung zukommt. Nach den jetzt vorliegenden Feststellungen ist das zugunsten der Klägerin anzunehmen.

Aus § 203 Abs. 2 BGB. ergibt sich, daß die Verjährung gehemmt ist, wenn der Berechtigte in andrer Weise als durch Stillstand der Rechtspflege an der Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt gehindert wird. Als höhere Gewalt ist freilich nicht jeder Zufall anzusprechen, vielmehr muß es sich um ein von außen her einwirkendes Ereignis handeln, das durch die äußerste, nach der Sachlage von dem Betroffenen vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden konnte (RGEntsch. 64, 405; 48, 412; Komm. von RGRäten Anm. 2 zu § 203). Das Ber.-Gericht sagt nun, daß sich die Entscheidung über das Armenrechtsgesuch verzögert habe, weil die an das Kreisamt abgegebenen Akten nicht vollständig zurückkamen. Nach der genaueren Darstellung im Urteil des Landgerichts wurden sie im März 1913 dem Kreisamt übersandt und gelangten trotz mehrfacher Erinnerung erst mit einem Schreiben v. 27. August 1913 zurück, zugleich wurde mitgeteilt, es lasse sich nicht feststellen, wo sich die Akten befunden hätten. Das Fehlen dieser dem Landgericht zu seiner Beschlußfassung nötigen Akten wie auch die geschäftliche Behandlung des Armenrechtsgesuchs überhaupt stellt für die Klä-

gerin ein von außen her eingreifendes Ereignis dar, das sie in keiner Weise vorauszusehen oder abzuwenden vermochte und das im gegebenen Fall als höhere Gewalt um so eher anzuerkennen ist, als irgendwelche geschäftliche Gewandtheit bei der in einfachen Verhältnissen lebenden Klägerin nicht vorausgesetzt werden kann. Diese Auffassung entspricht auch der Praxis des Reichsgerichts bei der Auslegung des § 233 ZPO., wonach ein die Wiedereinsetzung i. d. v. St. rechtfertigender unabwendbarer Zufall dann angenommen wird, wenn ein rechtzeitig eingereichtes Armenrechtsgesuch ohne Verschulden des Antragstellers so spät beschieden wird, daß eine Wahrung der Frist nicht möglich ist (Warneyer 1911 Nr. 115; Nr. 449).

Muß aber sonach angenommen werden, daß die Verjährung bis zur Zustellung des über die Bewilligung des Armenrechts ergangenen Beschlusses gehemmt war, so hat das nach § 205 BGB. die Wirkung, daß der betreffende Zeitraum in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird. Dann war aber die Verjährung im Oktober 1913 bei Erhebung der vorliegenden Klage noch nicht vollendet. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 12. April 1915. H. (Kl.) w. Kreis Fr. (OLG. Darmstadt). VI. 652/14. Auch in RGEntsch. 87 Nr. 10 S. 52.

---

129. Der auf Ersatz entgangenen Gewinns belangte Käufer kann nicht einwenden, daß der Verkäufer die Ware anderweit vorteilhaft verkauft habe.

Vgl. 61 Nr. 3 m. N.
BGB. §§ 252. 326.

Der Kläger fordert den Unterschied zwischen seinem Herstellungspreise und dem höheren Verkaufspreise als entgangenen Gewinn, wozu er nach § 252 BGB. berechtigt ist. Ob man in einem solchen Fall mit Staub (HGB.[9] 2, 588 Anm. 29) von abstrakter oder mit Makower (Vorbem. vor §§ 375. 376 XIe 2) von konkreter Schadensberechnung sprechen will, ist gleichgültig. In keinem Fall kann der Käufer einwenden, der durch seine Nichtabnahme dem Verkäufer unzweifelhaft entstandene Schaden sei dadurch wieder beseitigt worden, daß es dem Verkäufer gelungen sei, die Ware anderweit zu einem höheren als dem Vertragspreise zu verkaufen. Die Voraussetzungen für eine Vorteilsausgleichung liegen in einem solchen Fall — nicht anders als bei einem Weiterverkauf eingedeckter Waren durch den Käufer (RGEntsch. 52, 154, in SeuffA. 58 Nr. 97) — nicht vor. Das folgt schon daraus, daß nach fruchtloser Fristsetzung gemäß § 326 BGB. der Kaufvertrag aufgelöst war. Kläger war unbeschränkter Herr seiner Ware und konnte mit ihr verfahren wie er wollte. Er konnte sie auf Lager nehmen, selbst verbrauchen oder in

seinem Geschäftsbetriebe veräußern. Gelang es ihm, sie alsbald oder später mit Gewinn zu verkaufen, so kann man das nicht mehr als eine Folge der Nichtabnahme durch den Beklagten ansehen, es wurde vielmehr lediglich durch das Bestehen eines kaufmännischen Betriebes verursacht, in welchem Waren dieser Art hergestellt und verkauft wurden. Der durch den anderweitigen Verkauf erzielte Gewinn konnte, wie der Vorderrichter zutreffend ausführt, im gewöhnlichen Lauf der Dinge auch aus einer anderen Warenmenge erzielt werden. Nun lag es hier allerdings so, daß der Kläger, als er die Ware weiter verkaufte, andre als die für den Beklagten bestimmten 2000 Dosen nicht auf seinem Lager hatte. An der rechtlichen Beurteilung kann aber hierdurch schon deshalb nichts geändert werden, weil der Kläger neue Ware hätte herstellen oder schon vorhandene von andrer Seite hätte beziehen können. Ob ihm dies, wie der Beklagte behauptet, nur mit einem Mehraufwande möglich gewesen wäre, weil inzwischen die Preise gestiegen waren, ist unerheblich; das war eine geschäftliche Angelegenheit des Klägers, um die sich der Beklagte nicht zu kümmern hatte und woraus er Einwendungen gegen die Schadensberechnung des Klägers nicht ableiten kann.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 29. Januar 1916. Fr. (Kl.) w. F. Bf. III. 229/15. B.

130. Freizeichnung von der Haftung bei Gattungskäufen.

BGB. §§ 279. 275. 285. 480.

Der Kläger hatte bei der Beklagten, einer Getreide- und Landesproduktenhandlung, am 27. Oktober 1914 einen Eisenbahnwagen rumänischen Mais, lieferbar im November 1914 zum Preise von 23,50 ℳ für 100 kg bestellt. Beklagte hatte den Auftrag angenommen, aber den Vorbehalt gemacht, daß ihr nicht der Bezug von Mais aus Rumänien durch Ausfuhrverbot, Durchfuhrverbot oder sonst eine Maßnahme oder ein Ereignis höherer Gewalt unmöglich gemacht werde. Da Lieferung nicht erfolgte, setzte der Kläger der Beklagten eine Nachfrist gemäß § 326 BGB. mit dem Beifügen, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme ablehne und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange. Den Schaden berechnete dann der Kläger, der sich anderweitig gedeckt hatte, auf 2050 ℳ; auf Bezahlung dieses Betrages erhob er Klage, der die Beklagte mit der Behauptung entgegentrat, sie habe schon vorher in Wien 15 Wagen rumänischen Mais, lieferbar im November 1914, bestellt gehabt, wovon sie dem Kläger einen Wagen habe liefern wollen, es sei ihr aber wegen des in Rumänien herrschenden Wagenmangels und der Hindernisse, die die rumänische Regierung der Ausfuhr bereitet habe, trotz wiederholter Mahnungen nicht möglich gewesen, die Lieferung der Ware zu erreichen. — Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Die Beklagte hat sich zur Zeit des Ablaufs der ihr gesetzten Nachfrist nicht in schuldhaftem Lieferungsverzug befunden, deshalb ist die Klage mit Recht abgewiesen worden.

Voraussetzung der Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. ist, daß die Beklagte mit der ihr obliegenden Leistung im Verzug ist. Gemäß § 285 BGB. kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterbleibt, und nach § 275 BGB. wird der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes oder infolge seines nachträglich eintretenden Unvermögens unmöglich wird. Allerdings bestimmt § 279 BGB., daß, wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Allein dieser Vorschrift kommt nur dispositive Bedeutung zu (Staudinger[7. 8] Bem. 5 zu § 279 und Planck[4] 2, 237). Zulässig ist also insbesondere eine sog. „Freizeichnungsklausel" des Inhalts, daß es trotz Vorliegens einer Gattungsschuld bei den allgemeinen Regeln der §§ 275. 276. 285 verbleiben, der Schuldner also nicht in Verzug kommen, vielmehr in der Verpflichtung zur Lieferung frei sein soll, wenn ihm ohne sein Verschulden die Lieferung unmöglich wird (OLG. Braunschweig in DJZ. 1904, 752). In diesem Sinne ist nach der Anschauung des Senats der dem Schreiben der Beklagten vom 28. Okt. 1914 beigefügte Vorbehalt von beiden Parteien gemeint gewesen.

Daß es der Beklagten ohne ihr Verschulden bis zum 18. Februar 1915 unmöglich war, den an den Kläger verkauften Wagen rumänischen Mais zu liefern, hält der Senat gleich dem Landgericht für erwiesen. — — — Durch unverhältnismäßig hohe Aufwendungen oder gar durch Bestechung rumänischer Beamten die Ausfuhr des dem Kläger zu liefernden Wagens Mais unter allen Umständen zu ermöglichen, war die Beklagte nicht verpflichtet. Sie hat sich sohin bis zum Ende der ihr gesetzten Nachfrist nicht im Verzug befunden. — — —"

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 10. Nov. 1915. W. w. B. & G. L. 505/15. F—z.

---

131. Die dingliche Bindung der Parteien erfolgt mit der Auflassung.

Vgl. 67 Nr. 132 m. N.
BGB. §§ 313. 873. 925.

Die Beschwerde macht geltend, daß Auflassung und Eintragung gleichwertig seien und deshalb die Willensübereinstimmung der Parteien noch im Augenblick der Eintragung vorhanden sein müsse, während das hier nicht mehr der Fall gewesen sei, so daß eine Heilung nach § 313 Satz 2 BGB.

nicht eingetreten sei; insbesondere in Bayern sei die Beurkundung des nichtigen Schuldvertrags mit der der Auflassung in derselben Notariatsurkunde verbunden, beide seien deshalb nichtig und hier sei noch Widerspruch gegen die Eintragung rechtzeitig erfolgt. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

Wohl muß zur Heilung nach § 313 Satz 2 BGB. noch die Eintragung hinzutreten. Diese selbst aber ist ein äußerlicher, in vieler Hinsicht vom Willen der Parteien losgelöster Vorgang (Oberneck Grundbuchr.[4] 1, 484). Die dingliche Bindung erfolgt mit der Auflassung, in diesem Augenblick muß der Wille der Parteien übereinstimmend dahin gehen, den Vertrag seinem ganzen Inhalt nach zur Ausführung zu bringen. Ein späterer einseitiger Widerruf hindert die Heilung nicht und kann nicht mehr berücksichtigt werden (Oberneck Bem. 57 und Turnau-Förster Liegenschaftsr.[3] 1, 482).

In Bayern ist durch Art. 81 AusfG. z. BGB. die Zuständigkeit des Notars für die Beurkundung der dinglichen Bindung begründet worden, in der Sache hat sich aber dadurch nichts geändert. Durch die Heilung des § 313 Satz 2 BGB. wird der ganze in der Notariatsurkunde enthaltene Vertrag vollgültig und es kann daher auch vorher keine eigentliche Nichtigkeit vorliegen, wobei es dahingestellt bleiben mag, ob man den Zustand bis zur Heilung als zeitliche Unwirksamkeit (Staub „Das Problem des § 313 Satz 2 BGB." bei Neumann Jahrb. des Deutschen Rechts 12, 91), oder als eine durch Ausbleiben der Heilung bedingte Nichtigkeit (Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1914, 160) bezeichnet.

Demgemäß war die nach §§ 937. 567 ZPO. zulässige Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Beschluß des OLG. München (3. Sen.) v. 10. Februar 1916. M. w. Sch. Beschw.-Reg. 52/16. F—z.

---

132. Der Käufer ist vielleicht berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich vor Eintritt der Lieferungszeit einzudecken.

Vgl. 58 Nr. 97; 60 Nr. 183 m. N.; 65 Nr. 207.
BGB. § 326; HGB. § 374.

Der Beklagte hatte Schweinebauch zur Lieferung im Oktober 1914 verkauft. Er hat nicht geliefert und ist deshalb, wie rechtskräftig feststeht, schadenersatzpflichtig. Die Kläger forderten abstrakten Schadenersatz, wobei sie den Marktpreis am Ende der ersten Oktoberwoche zugrunde legten. Der Beklagte dagegen hielt dafür, daß es auf den Marktpreis am 16. September ankomme, da an diesem Tage dem Gegner das Schreiben v. 15. Sept. zugegangen sei, inhalts dessen Lieferung bestimmt verweigert wäre. — Das Landgericht und das Ber.-Gericht billigten den Standpunkt des Klägers; letzteres aus folgenden Gründen:

„Der Beklagte hat zwar schon Mitte September erklärt, daß er nicht liefern werde, er hat dabei aber den Standpunkt eingenommen, daß er nicht zu liefern brauche, weil die Lieferung objektiv unmöglich sei. Das war, wie rechtskräftig feststeht, nicht begründet. Gegenüber einer solchen Stellungnahme des Verkäufers war der Käufer vielleicht berechtigt, unter keinen Umständen aber verpflichtet, sich sofort, also vor Eintritt der Lieferungszeit, einzudecken oder den damaligen Marktpreis seiner Schadensberechnung zugrunde zu legen, denn der Beklagte war nicht im Lieferungsverzug und hatte sich nicht etwa bereit erklärt, dem Gegner Schadenersatz zu leisten. Der Käufer konnte erst im Oktober die Ware abrufen; er handelt daher nicht gegen Treu und Glauben, wenn er Oktobermarktpreise seiner Schadensberechnung zugrunde legt. Er hat am 30. September dem Beklagten geschrieben, daß er Offerten einziehen und sich Ende der ersten Oktoberwoche eindecken werde. Das wäre ein sachgemäßes Verfahren gewesen, weshalb auch der Marktpreis des so berechneten Zeitpunktes nach Treu und Glauben zugrunde gelegt werden darf. Ein früheres Vorgehen, wie Beklagter es beansprucht, konnte nicht verlangt werden; ein späteres würde nur zum Nachteil des Beklagten gewesen sein, da die Preise dauernd anzogen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 4. März 1916. H. B. (Kl.) w. Ch. S. Bf. VI. 350/15. Nö.

---

133. Entstehung der Forderung bei einer Wechselverlängerung.

Vgl. 50 Nr. 267 m. N.; 65 Nr. 67 m. N.
BGB. § 364 Abs. 2; BRVO. v. 7. Aug. 1914/20. Mai 1915.

Der Antrag des Beklagten, ihm eine Zahlungsfrist zu bestimmen, ist nur zulässig, wenn der Gegenstand des Rechtsstreits eine vor dem 31. Juli 1914 entstandene Geldforderung ist;

§ 1 Abs. 2 VO. v. 7. Aug. 1914 und § 1 Bkm. v. 22. Dez. 1914, Fassung v. 20. Mai 1915, RGBl., 292.

Der Kläger verlangt wegen zweier bereits von ihm ausgeklagter Wechselforderungen vom Beklagten Befriedigung aus dessen Grundstück, und zwar auf Grund der Belastung dieses Grundstücks mit einer Sicherungs(Höchstbetrags-) Hypothek. Das vom Kläger geltend gemachte Recht ist also nicht bereits mit der Eintragung der Hypothek am 2. Juli 1914 entstanden, sondern bestimmt sich auch hinsichtlich der Zeit seiner Entstehung nach der Geldforderung, deren Befriedigung aus dem Grundstück verlangt wird (§ 1184 Abs. 1, § 1190 Abs. 1. 3 BGB.). Diese Forderung ist mit der Annahme zweier Wechsel seitens des Beklagten am 6. und 7. Mai 1915 entstanden und würde zu den Forderungen, auf die die angezogenen Vorschriften der VO. v. 7. Aug. und 22. Dez. 1914 einschlagen, auch dann nicht gehören, wenn, wie der Beklagte behauptet, die beiden Wechsel nur zur Prolongierung älterer, vor dem 31. Juli 1914 vom

Beklagten angenommenen Wechsel gegeben worden wären und darnach anzunehmen sein würde, daß auch die Schuldverbindlichkeit aus dem der Wechselbegebung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft vor dem genannten Tage entstanden sei. Denn wenn es schon zutrifft, daß eine Forderung im Sinne der mehrerwähnten Verordnungen mit der Begründung des Schuldverhältnisses, auf dem sie beruht, als „entstanden" anzusehen ist (vgl. OLGRspr. 30, 378), so enthält doch die Begebung eines Wechsels, auch wenn sie nicht mit der Folge des Erlöschens des ursprünglichen Schuldverhältnisses (§ 364 Abs. 1 BGB.) an Zahlungstatt, sondern nur zahlunghalber geschieht, die Eingehung einer neuen selbständigen Verbindlichkeit (vgl. Abs. 2 a. a. O.). Das hat auch von der Begebung der neuen (Verlängerungs-)Wechsel zu gelten, deren Ausstellungstage deshalb für die Beantwortung der Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung der aus ihnen sich ergebenden Forderungen maßgebend sind;

vgl. OLGRspr. 30, 354; Güthe-Schlegelberger Kriegsbuch Anm. B IV, 2 c α zu § 1 BO. v. 7. Aug. 1914, 203.

Im übrigen hat der Beklagte nach seinem Vorbringen durch die wiederholte Verlängerung der schon Ende 1913 begebenen Ursprungswechsel sich eine mehr als 1 Jahr über den 31. Juli 1914 hinaus erstreckende und demnach eine so erhebliche Zahlungsfrist verschafft, daß ihm die Bewilligung einer weiteren solchen nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BO. v. 7. Aug. 1914 auch dann versagt werden müßte, wenn die Klageforderung zu den ebenda in Abs. 1 erwähnten gehörte.

Beschluß des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 27. Januar 1916. 5 C. Reg. 5/16. Ch.

---

134. Über Abtretung und Pfändung der Ansprüche aus dem Baugeld-Darlehnsvertrage.

Vgl. 64 Nr. 68 m. N.; 70 Nr. 206; auch 53 Nr. 99 m. N.
BGB. §§ 399. 610; BauforbGes. v. 1. Juni 1909 § 2.

Der Kläger hatte auf Grund eines gegen seine Schuldnerin B. ergangenen landgerichtlichen Versäumnisurteils und Kostenfestsetzungsbeschlusses zugunsten von 808 *M* Hauptsache und 76 *M* festgesetzten Kosten die Ansprüche pfänden lassen, die der Schuldnerin angeblich gegen die Beklagte auf Zahlung eines Darlehnsrestes (Baukapitals) zu 1400 *M* oder mehr oder weniger zustehen sollten. Die Klage, die auf diese Pfändung und auf die Behauptung gestützt war, daß die Forderung des Klägers — eines Glasermeisters — gegen die B. auf Lieferungen zum Bau ihres Anwesens in M. beruhe, für welchen das Baukapital von der Beklagten zugesagt worden sei, war vom Landgericht kostenfällig abgewiesen worden. Auf die Berufung des Klägers wurde das Urteil, soweit es die Klage zu einem höheren Betrag als 76 *M* abgewiesen hatte, und im Kostenpunkt aufgehoben und die Beklagte schuldig erkannt,

an den Kläger 808 M nebst 4 Prozent Prozeßzinsen zu bezahlen, im übrigen aber wurde die Berufung des Klägers zurückgewiesen und wurden die Kosten verhältnismäßig geteilt. — Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht ist nicht der Rechtsanschauung, daß die dem Klaganspruch zugrunde liegende Pfändung nach §§ 829ff. ZPO. unzulässig sei. Nach § 851 ZPO. ist eine Forderung in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen als sie übertragbar ist. Derartige Vorschriften sind nach der überwiegenden Anschauung der neueren Rechtsprechung und Literatur bezüglich der Pfändung des sog. Baugelddarlehns nicht gegeben, insbesondere sind solche im Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. Juni 1909 (RGBl. 449), das im § 2 Abs. 3 Nr. 5 selbst die Pfändung des Baugeldes erwähnt, nicht enthalten. Die Abtretung des Anspruchs aus dem Baukapitals-Darlehnsvertrage ist auch nicht nach § 399 BGB. unstatthaft, weil die Leistung hieraus, die Auszahlung der Darlehnsbeträge, auch an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger ohne Änderung ihres Inhalts erfolgen kann. Desgleichen wird auch allgemein die Übertragbarkeit des Anspruchs aus dem Darlehnsvorvertrage in der Weise bejaht, daß der Anspruch auf Auszahlung des Darlehnsbetrages mit der Wirkung übertragbar ist, daß der Zessionar selbständig auf Grund der Abtretung die Zahlung vom Darlehnsgeber an sich fordern kann ohne Schuldner desselben zu werden;

RGEntsch. 68, 355; 77, 157 (SeuffA. 64 Nr. 68 und 67 Nr. 107); Komm. von RGRäten zu § 398 Anm. 2 und zu § 610 Anm. 2; Hagelberg Ges. v. 1. Juni 1909 § 1 Anm. 10. 23. 25 d. 31. 36. 38 a b d. 39 b. 46 b; § 2 Anm. 33.

Das Baugelddarlehn und der Baugelddarlehnsvertrag bilden infolge ihrer besonderen Zweckbestimmung nur eine besondere Erscheinung des Darlehns nach §§ 607. 610 BGB. Das Ber.-Gericht schließt sich der vorstehenden Rechtsauffassung insofern an, als die Übertragung des Anspruchs aus dem Baugelddarlehnsvertrag mit der obigen Rechtswirkung jedenfalls dann als zulässig zu erachten ist, wenn und soweit die zur Auszahlung abgetretene oder gepfändete Forderung zur Deckung von Leistungen dient für denjenigen Bau, für welchen das Baugelddarlehn bestimmt ist, weil durch eine derartige Abtretung das Baukapitaldarlehn seinen ursprünglichen Zweck beibehält und erfüllt. Wenn Hagelberg anscheinend diese Einschränkung verneint, so sprechen doch seine eigenen Ausführungen zu § 1 Anm. 35a. 38b. 39b. 45a. 46. 52 wiederum selbst dafür und scheint die Einschränkung auch im Hinblick auf § 399 BGB. geboten. Die tatsächliche Voraussetzung für diese Einschränkung liegt hier vor; die Pfändung ist deshalb formell zulässig gewesen (Hagelberg § 1 Anm. 44. 46. 75).

Gegenüber dem Zessionar wie dem Pfändungspfandgläubiger sind die Einwendungen zulässig, welche gegen den ursprünglichen Gläubiger zur Zeit der Abtretung und Pfändung der Forderung dem zur Leistung Verpflichteten zustanden (§ 404 BGB. und Komm. von RGRäten Anm. 4 zu § 404). Hierzu

gehört auch der Einwand des Baugelddarlehnsgebers, daß er das Darlehn zu jenen Zeitpunkten schon vollständig an den Darlehnsempfänger oder für ihn zu dem bestimmten Bauzweck geleistet habe. Beweispflichtig hierfür ist der Baugelddarlehnsgeber (Hagelberg § 1 Anm. 39b); die Klage auf Bezahlung des versprochenen Darlehns erfordert zu ihrer Begründung nicht die Behauptung der noch nicht erfolgten Bezahlung (RGEntsch. 38, 312). Diese Entscheidung des Reichsgerichts überbürdet dem Darlehnsversprecher nicht nur den Beweis der Auszahlung des Baugeldbetrages, sondern überdies auch den Beweis seiner Verwendung zu dem bestimmten Bauzweck. Die Beklagte hat diesen Beweis weder erbracht noch auch nur angeboten. Ein Hinweis auf diese Beweispflicht an die Beklagte erschien im Anwaltsprozeß nicht veranlaßt (§ 139 ZPO.; JW. 1914 S. 313[15]).

Hiernach erscheint der Klaganspruch begründet, soweit sich die Forderung des Klägers gegen seine Schuldnerin auf Leistungen in den Bau stützt, für den die Baugeld-Darlehnspflicht der Beklagten zur Zeit der strittigen Pfändung bestand. Nicht dagegen ist dies der Fall bezüglich des Prozeßkostenaufwandes des Klägers; dieser hat seine Grundlage in der Nichtzahlung der Schuldnerin des Klägers; diese Ersatzforderung beruht nicht auf Leistungen des Klägers zur fraglichen Bauförderung. Es war deshalb die Klage bezüglich dieses Betrages zu 76 ℳ unbegründet und unter Zurückweisung der Berufung des Klägers, soweit die Klage hierauf gerichtet war, zu erkennen wie geschehen ist."

Urteil des OLG. München (3. Sen.) v. 9. Februar 1916. H. w. U. L. 230/15. F—z.

---

135. Rücktritt von einem Lieferungskauf wegen andauernd mangelhafter Lieferung.

Vgl. 57 Nr. 74; 58 Nr. 229; 59 Nr. 32; 61 Nr. 129.
BGB. §§ 243. 462. 480.

Die Klägerin klagte auf Abnahme von 24000 Stück Abzweigscheiben, Rest eines auf 50000 St. lautenden Schlusses. Die Beklagte wendete ein, die ihr bisher gelieferten, von ihr abgenommenen Abzweigscheiben seien so mangelhaft gewesen, daß ihr die Abnahme weiterer Scheiben nicht zuzumuten sei; auch die angebotenen, vor der Abnahme zurückgewiesenen Scheiben seien mangelhaft. — Die Klage wurde abgewiesen; die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Nachdem in den Gründen festgestellt worden, daß die angebotenen Abzweigscheiben mangelhaft seien, wird fortgefahren:

„— — — War die Beklagte berechtigt, die ihr im Mai 1911 angebotenen 24000 Stück Abzweigscheiben wegen Mangelhaftigkeit zurückzuweisen, so ist noch die Frage zu beantworten, ob sie nunmehr überhaupt nicht mehr

an den Vertrag von 1907 gebunden, ob sie also berechtigt sei, auch die Abnahme andrer, ihr etwa noch von der Klägerin anzubietender Scheiben zu verweigern. Diese Frage muß noch erörtert werden, weil es sich um einen Gattungskauf handelt und der Klagantrag nicht auf Abnahme der bestimmten, im Mai 1911 angebotenen, jetzt bei J. Sch. & Co. lagernden Scheiben, sondern auf Abnahme und Bezahlung von 24000 Stück Abzweigscheiben schlechthin gerichtet ist.

Die Frage ist zu bejahen. Der Käufer ist zwar in der Regel zur Wandelung erst befugt, nachdem ihm die Kaufsache übergeben worden, was hier eben nicht der Fall ist. Steht aber bereits fest, daß der Verkäufer nicht anders als mangelhaft liefern kann, so braucht der Käufer nicht erst die vertragwidrige Erfüllung seitens des Verkäufers anzunehmen, um dann von dem Hülfsmittel der Gewährleistungsansprüche Gebrauch zu machen, sondern er muß als befugt erscheinen, diese Erfüllung schon vor der Übergabe abzulehnen und entsprechend der nach der Übergabe zulässigen Wandelung von dem Vertrage abzugehen (vgl. RG. in Warneyers Rechtspr. 1912 Nr. 204). Das folgt für den Spezieskauf aus den Grundsätzen über die Unmöglichkeit der Leistung und über die Einrede des nicht oder nicht richtig erfüllten Vertrags. Es gilt aber auch für den Gattungskauf dann und insoweit, als sich die Schuld auf bestimmte Gegenstände eingeschränkt hat und eben die Sache, auf die sich das Schuldverhältnis beschränkt hat, mangelhaft ist. Auch beim Angebot mangelhafter Ware tritt eine Einschränkung i. S. von § 243 Abs. 2 BGB. ein, sofern der Käufer den Verkäufer an der angebotenen Ware festhält (vgl. Planck BGB.[4] § 243 Erl. 6a Abs. 2). Eine solche Einschränkung auf die von der Klägerin im Mai 1911 angebotenen 24000 Stück Abzweigscheiben ist vorliegend anzunehmen.

Durch dieses Angebot beschränkte sich zunächst die Erfüllung der Klägerin auf die angebotenen Stücke und es stand bei der Beklagten, ob sie, bei Mangelhaftigkeit der angebotenen Ware, diese zurückweisen und die Lieferung andrer Ware verlangen, oder die Schuld als eingeschränkt behandeln und die Wandelung geltend machen oder den Rücktritt vom Vertrag erklären wollte. Die Beklagte hat den letzten Weg gewählt. Sie hat bereits am 8. Mai 1911 die Annahme der an sie abgesandten, nachmals bei J. Sch. & Co. eingelagerten 24000 Stück Abzweigscheiben wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt und erklärt, daß sie von weiteren Bezügen überhaupt absehe, also deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sie den Vertrag nicht mehr als zu Recht bestehend erachte. Übrigens geht aus den Erklärungen der Klägerin und ihrem ganzen Verhalten im Prozeß hervor, daß sie garkeine andern Stücke als die angebotenen liefern will, und daß nach ihrer Ansicht die Beklagte eben diese bestimmten 24000 Stück abzunehmen habe. — — — Sie hat sich also selbst auf den Standpunkt gestellt, daß sich das Schuldverhältnis auf jene 24000 Stück Abzweigscheiben eingeschränkt habe.

Endlich muß der Beklagten auch aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung das Recht zum Rücktritt vom Vertrag eingeräumt werden. Sie hat zwar von dem auf 50000 Stück lautenden Schluß 26000 Stück nach und nach abgenommen und die rechtzeitige Bemängelung dieser Mengen gemäß § 377 HGB. nicht zu behaupten vermocht, könnte also aus der Mangelhaftigkeit dieser 26000 Stück, selbst wenn sie bewiesen wäre, das Recht auf Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung nicht herleiten (vgl. Staub-Könige HGB.[9], Exkurs zu § 374 Anm. 195). Wohl aber stellt sich das Angebot der 24000 Scheiben im Mai 1911 in Verbindung mit dem weiteren Verhalten der Klägerin als eine solche Verletzung dar. Wenn die Klägerin diese 24000 Stück, mit der sie ihrer Erfüllungspflicht genügen wollte, in einem so mangelhaften Zustande lieferte, wie ihn die Physikalisch-technische Reichsanstalt festgestellt hat; wenn sie weiter trotz dieser Feststellung seitens der von ihr selbst als Gutachterin bezeichneten Reichsanstalt der Beklagten ansinnen will, so beschaffene Ware abzunehmen; und wenn sie endlich auch durch widersprechende Behauptungen wie durch das Unterlassen einer Erklärung, daß sie andre, bessere Ware liefern wolle, das Vertrauen der Beklagten darauf völlig erschüttert hat, daß sie überhaupt imstande sei, anders und weniger mangelhaft zu liefern als im Mai 1911, so kann der Beklagten billigerweise ein Festhalten am Vertrage nicht zugemutet werden.

Das Landgericht hat nach alledem mit Recht die auf Abnahme und Bezahlung von 24000 Stück Abzweigscheiben gerichtete Klage abgewiesen.— — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 13. Juli 1915. E. & G. (Kl.) w. K. & C. — 7 O. 389/13. —e—.

---

136. Schenkung unter einer Auflage? oder gegenseitiger Vertrag?* Haftung des Notars wegen unterlassener Belehrung.**

*Vgl. 68 Nr. 189 m. N. — **Vgl. 63 Nr. 88; 66 Nr. 98; 68 Nr. 80. 214. BGB. §§ 525. 675. 839.

Am 20. Mai 1911 wurde bei dem verklagten Notar auf Wunsch des Klägers und seiner Ehefrau ein „Schenkungsvertrag" aufgenommen, inhalts dessen der Kläger sein Grundstück zu Ch. seiner Frau „schenkt" und diese unter Annahme der „Schenkung" die auf dem Grundstück lastenden Hypothekenschulden von zusammen 290000 ℳ mit der Zinsverpflichtung vom 1. Juli 1911 ab als Selbstschuldnerin übernimmt. In § 4 des Vertrags heißt es, daß der Wert des Grundstücks auf 290000 ℳ angegeben wurde. Der Beklagte berechnete 3 ℳ Stempelsteuer. Die Stempelbehörde erachtete jedoch einen lästigen Vertrag als vorliegend und ordnete deshalb die Nachzahlung von 2897 ℳ Landesstempel und von 1933,50 ℳ Reichsstempel an. Die Einwendungen des Klägers hiergegen wurden in allen Instanzen zurückgewiesen.

— Auf Klage des Klägers wurde der Beklagte zum Ersatz dieser Beträge verurteilt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach der unbestritten gebliebenen Behauptung des Klägers hat dieser den Beklagten beauftragt, über die von ihm beabsichtigte Zuwendung seines Grundstücks an seine Ehefrau einen Schenkungsvertrag zu errichten. Die Ausführbarkeit dieses Auftrags unterlag erheblichem Zweifel. Mit Rücksicht darauf, daß die Ehefrau des Klägers die auf dem Grundstück haftenden Hypothekenschulden als Selbstschuldnerin übernehmen sollte, konnte es sich, wenn überhaupt eine Schenkung vorlag, nur um eine solche unter einer Auflage (§§ 525ff. BGB.) handeln. Diese Vertragsart ist zwar durch ein scharfes begriffliches Merkmal von dem gegenseitigen Vertrage unterschieden, sofern hier eine wechselseitige Abhängigkeit der im Austauschverhältnis zueinander stehenden Leistungen der Vertragsparteien besteht, dort aber in einseitiger Weise nur die Leistung des Beschenkten von der des Schenkers abhängig ist (RGEntsch. 60, 238). Ausschlaggebend für das Vorliegen des einen oder des andern Merkmals ist jedoch in erster Linie der Vertragswille. Es kommt darauf an, ob die Leistung jedes Vertragsgenossen das Entgelt für die Leistung des Vertragsgegners darstellen soll oder ob die eine Vertragspartei der andern eine unentgeltliche Zuwendung mit der Nebenbestimmung machen will, daß der Erwerber das Zugewendete oder seinen Wert für einen bestimmten Zweck verwendet. Im einzelnen Fall ist es daher nicht immer zweifelfrei zu entscheiden, ob die eine oder die andre Vertragsart gegeben ist. Auch bei Einkleidung eines Rechtsgeschäfts in die Form der Schenkung unter einer Auflage ist je nach der Sachlage mehr oder weniger damit zu rechnen, daß der Vertrag im Streitfall als ein entgeltlicher oder wenigstens als ein gemischter — zum Teil lästiger, zum Teil freigebiger — Vertrag aufgefaßt wird.

Die Möglichkeit, daß das Geschäft trotz der äußeren Erscheinung im Gewande der Schenkung als gegenseitiger Vertrag betrachtet wird, liegt besonders nahe dann, wenn der Wert der Zuwendung und der Wert der Auflage einander gleichstehen. Selbst wenn es bei der Schenkung unter einer Auflage nicht darauf ankommen sollte, daß nach Vollziehung der Auflage noch eine Bereicherung des Beschenkten verbleibt, so sind doch bei einer Sachgestaltung der bezeichneten Art besondere Zweifel darüber am Platze, ob die Vertragsbeteiligten es auf eine unentgeltliche Zuwendung abgesehen haben. Im gegenwärtigen Fall hat nun aber der Kläger den Wert des Grundstücks nach der Behauptung des Beklagten, die dieser gegen sich gelten lassen muß (RGEntsch. 78, 345, in SeuffA. 67 Nr. 236) auf 290000 ℳ, also auf denselben Betrag beziffert, auf den sich die von der Frau des Klägers übernommenen Hypothekenschulden belaufen. Der Beklagte war daher mit Rücksicht auf den Inhalt des ihm erteilten Auftrags verpflichtet, den Kläger darauf hinzuweisen, daß der zu beurkundende Vertrag trotz der Abfassung in der

Form des Schenkungsvertrags als solcher möglicherweise keine Anerkennung finden würde. Zu diesem Hinweis mußte sich der Beklagte um so mehr veranlaßt sehen, als sich ihm kein Anhalt für einen ernstlichen Schenkungswillen des Klägers darbot. Er durfte sich des Hinweises auch dann nicht für enthoben erachten, wenn der Kläger nicht, wie er behauptet, ausdrücklich erklärte, daß er den Akt nur wünsche, falls keine hohen Stempelkosten entstünden. Dem Notar liegt als Urkundsperson die Verpflichtung zur Aufklärung der Vertragschließenden insoweit ob, als es durch das Zustandekommen einer rechtswirksamen Beurkundung erfordert wird (Warneyer Rspr. 1913, 242; 1911, 257). Lautet daher der Auftrag eines Vertragsbeteiligten dahin, daß der Notar ein Rechtsgeschäft in einer besonderen Vertragsform beurkunden solle, und stehen der wirksamen Erledigung des Auftrags rechtliche Bedenken entgegen, so hat der Notar den Auftraggeber hierüber zu belehren. Der Beklagte verletzte demnach dadurch, daß er die Aufklärung des Klägers unterließ, die ihm diesem gegenüber obliegende Amtspflicht.

Aus den Darlegungen des Ber.-Gerichts geht hervor, daß die Beurkundung dem Willen des Klägers nur entsprach, wenn durch sie die Verpflichtung zur Entrichtung erheblicher Stempelabgaben nicht begründet wurde. Der Kläger hatte nach seiner vom Beklagten nicht bestrittenen Behauptung dessen Bureauvorsteher vor der Beurkundung auch ausdrücklich erklärt, er würde den Vertrag nicht ‚machen‘, wenn er Umsatzsteuer zahlen müsse. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß er, falls der Beklagte ihm die erforderliche Aufklärung hätte zuteil werden lassen, den Auftrag zur Beurkundung des Rechtsgeschäfts zurückgezogen haben würde und daß alsdann der durch die Nachforderung des Stempels entstandene Schaden vermieden worden wäre.

Das Ber.-Gericht hat sonach mit Recht der Klage stattgegeben."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 12. März 1915. G. (Bkl.) w. Kr. (KG. Berlin). III. 454/14.

---

137. Auslegung der widerspruchvollen Ausfüllung eines Mietvertragsformulars hinsichtlich der Vertragsdauer.

Vgl. 64 Nr. 164; auch 66 Nr. 3; 71 Nr. 106.
BGB. §§ 564. 565. 157.

Zwischen dem Wortlaut der Bestimmungen des § 1 und des § 2 Abs. 1 des Mietvertrages besteht ein unleugbarer Widerspruch. Ein solcher tritt in dieser Art nach der Lebenserfahrung nicht selten auf bei Ausfüllung eines gedruckten Vertragsformulars, das auf verschiedenartige Gestaltungen der Vereinbarung zugeschnitten ist. Gerade auf Grund dieser Entstehung solcher dem Wortlaut nach widersprechender Vertragsbestimmungen darf aber regelmäßig verständigerweise nicht angenommen werden, daß die Vertragsparteien tatsächlich hätten Vereinbarungen treffen wollen, die sich gegenseitig ausschließen, daß sie also zu einem einheitlichen Vertragswillen nicht gelangt

seien. Vielmehr wird die Sache im allgemeinen dahin zu beurteilen sein, daß die Vertragschließenden über einen bestimmten Vertragsinhalt einig geworden sind, daß es ihnen aber bei der Ausfüllung des vorgedruckten Formulars nicht gelungen ist, den Vertragswillen mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen. Dadurch wird der Bestand des Vertrages nicht berührt. Denn für das Zustandekommen des Vertrages genügt es, daß die Beteiligten über die Bedeutung der gewählten Fassung ihrer Vereinbarungen einig waren. Die Lösung der vorliegenden Streitfrage ist also lediglich Sache der Auslegung des Willens, den die Parteien bei Beurkundung des Vertrages haben ausdrücken wollen.

Die Annahme, es habe in ihrem Sinne gelegen, zugleich eine feste Vertragsdauer von 3 zu 3½ Jahren zu vereinbaren, ist ohne weiteres abzulehnen, Es kann sich nur darum handeln, ob § 1 den wirklichen Vertragswillen in der Tat richtig wiedergibt und die Fassung des § 2 Abs. 1 nur eine Entgleisung der Ausdrucksweise bildet, über deren mit § 1 übereinstimmende Bedeutung beide Teile jedoch einig waren, oder ob es sich umgekehrt verhält. So hat auch die Rechtsprechung bisher diese Frage behandelt (vgl. Staudinger I 1c zu § 564 BGB.). Es heißt nun im § 1: „Das Mietverhältnis beginnt mit dem 1. April 1913 und gilt für die Dauer von 3 Jahren als fest abgeschlossen". Anderseits schreibt § 2 vor, das Mietverhältnis könne nur durch eine Kündigung zum 1. April oder 1. Oktober aufgehoben werden, bei Abschluß des Vertrages auf längere Zeit beginne dieses Kündigungsrecht erst nach Ablauf der Vertragszeit. Faßt man den Ausdruck „Beginn des Kündigungsrechts" in dem Sinne auf, daß damit die Zulässigkeit der Erklärung der Kündigung getroffen werden solle, so ist die Ausfüllung dieses Formulars ohne Vermeidung eines inneren Widerspruchs unmöglich. Denn alsdann würde sich die im § 1 für die Angabe der festen Vertragsdauer gelassene Lücke niemals den wirklichen Verhältnissen entsprechend ausfüllen lassen. Die Zahl im § 1 müßte immer um ein halbes Jahr niedriger angegeben werden als die gewollte feste Vertragszeit dauern soll. Läßt sich eine derartige, bei der Formularausfüllung bewußt geübte Berücksichtigung des aus der Fassung des Formulars hervorgehenden Widerspruchs tatsächlich nachweisen, so bietet die Auslegung des Vertrages keine Schwierigkeit. Ist das jedoch nicht nachweisbar und auch garnicht behauptet, wie es regelmäßig zutreffen wird und jedenfalls hier zutrifft, so ist die Bestimmung des § 1 mit der des § 2 Abs. 1 so lange unvereinbar, als man an der Auslegung festhält, der Beginn des Kündigungsrechts im § 2 beziehe sich auf die Zulässigkeit der Kündigungserklärung. Bei solcher Auslegung steht § 2 mit § 1 nicht im Einklange und könnte, wenn man überhaupt einen einheitlichen Willen der Vertragschließenden annehmen wollte, nur als Widerruf oder Abänderung des § 1 aufgefaßt werden.

Diese Auslegung kann aber aus zwei Erwägungen nicht als richtig anerkannt werden. Zunächst liegt auf der Hand, daß die Stellung der Verein-

barung des § 1 über die Vertragsdauer an der Spitze des Vertrages im Zweifel den Zweck haben soll, die wirkliche feste, d. h. eine Abkürzung durch Kündigung ausschließende Mietzeit festzulegen. Darüber kann nach dem inhaltlichen Zusammenhange des § 1, der von dem Mietobjekt, dem Beginn der Mietzeit und dem Mietzinse handelt, kein Bedenken bestehen. Hier sollen die wesentlichen Bestandteile des Vertrages, Gegenstand, Preis, unbedingte zeitliche Bindung festgesetzt werden. Dem gegenüber hat der § 2 an sich den Zweck, die Möglichkeit etwaiger Verlängerung durch Unterlassung der Kündigung klarzustellen. Daher wird derjenige, der auf Grund eines solchen Formulars einen Vertrag schließt, von vornherein im § 2 keine Bestimmung vermuten, die dem Zweck diente, die klare Bestimmung des § 1 über die unbedingt vereinbarte feste Vertragsdauer zu widerrufen. Denn § 2 handelt eben an sich garnicht von der Dauer der festen Mietzeit, sondern von der auf sie folgenden Zeit, und der in ihm etwa enthaltene Widerspruch mit § 1 liegt jedenfalls nicht klar zutage, sondern wird erst im Wege der Schlußfolgerung aus der Bestimmung über die Zulässigkeit der Kündigung erkannt. Daß die Parteien, die einen derartigen Vertrag unterzeichnen, einen solchen Widerspruch herbeizuführen beabsichtigten oder daß sie ihre klare Vereinbarung im § 1 damit widerrufen wollten, ist nicht ohne weiteres anzunehmen; wenigstens so lange nicht, als bei verständiger Würdigung der Dinge die Auffassung gerechtfertigt ist, daß sie aus der Fassung des § 2 einen solchen Widerspruch nicht herauslesen mußten und demgemäß in der berechtigten Annahme der Schlüssigkeit des Urkundeninhalts auch nicht herausgelesen haben, d. h. also, wenn der § 2 vermöge seiner Fassung auch eine Auslegung verträgt, die mit dem § 1 in Einklang steht.

Dies ist nun in der Tat der Fall. Die Kündigung ist die Aufhebung des Vertrages durch die Willkür eines Vertragsteils. Sie kann hinsichtlich ihrer Erklärung und ihrer Wirkung zeitlich auseinanderfallen, wie es hier zutrifft. Je nachdem man nun im § 2 unter Beginn des Kündigungsrechts den rechtsgeschäftlichen Akt oder den rechtsgeschäftlichen Erfolg im Auge hat, je nachdem man also unter Kündigungsrecht die Befugnis versteht, die Aufhebung des Vertrages zu erklären oder zu erwirken, ergibt sich zwischen den Bestimmungen der §§ 1 und 2 ein Widerspruch oder ein Einklang. Es erscheint aber keineswegs als ausgeschlossen, den Ausdruck „Kündigungsrecht" in dem Sinn der Befugnis, die Vertragsauflösung zu bewirken, aufzufassen, also den Zeitpunkt nicht der Erklärung als vielmehr des Wirksamwerdens der Erklärung zu betonen, zumal da § 2 in seinem Eingange davon spricht: aufgehoben werde der Vertrag durch Kündigung, Ziehzeit nur 1. April und 1. Oktober, also auch hier gerade den Zeitpunkt der bewirkten Lösung in den Vordergrund stellt.

Urteil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 10. Februar 1916. L. w. Br. 2 U. 4/16. L—t.

138. Kein Schadensanspruch des Pächters wegen Verzugs in Beseitigung eines Mangels, wenn diese zu kostspielig wird.

BGB. §§ 538. 581. 242. 275.

Die Beklagte hatte von der Klägerin deren Gießereigrundstück seit 1902 für jährlich 1250 *M* in Pacht gehabt. Als das Pachtverhältnis im Jahr 1909 gelöst worden war, klagte die Klägerin ein Saldoguthaben aus diesem Verhältnis von 4421,30 *M* ein, wogegen die Beklagte zunächst als Schadenersatzforderung (§ 538 Abs. 1 BGB.) im Wege der Aufrechnung und Widerklage geltend machte, daß schon im Jahr 1904 in einer den Gießereibetrieb störenden Weise das Grundstück sich gesenkt habe und Grundwasser in den Fußboden gedrungen sei, und daß die Klägerin es trotz an sie ergangener Aufforderung unterlassen habe, Abhülfe zu schaffen. Die Klägerin bestritt ihre Entschädigungsverpflichtung, weil die Senkungen durch Bergbau Dritter hervorgerufen seien. — Das Ber.-Gericht erkannte der Beklagten einen weiter geltend gemachten Minderungsanspruch zu, verwarf aber die in erster Linie erhobene Schadensforderung. Aus den Gründen:

„— — — Der Fehler, der die Tauglichkeit des Grundstücks für den Gießereibetrieb minderte, bestand in der Bodensenkung in Verbindung mit der Veränderung des Grundwasserstandes. Diese Übelstände sind erst im Sommer 1904 aufgetreten. Bis dahin war der Mangel nicht vorhanden, die Tauglichkeit des Grundstücks nicht beeinträchtigt. Schon daraus folgt, daß der Mangel dem zuerst pachtenden Ingenieur K. nicht bekannt sein konnte, ja zur Zeit des Vertragsabschlusses überhaupt noch nicht vorhanden war. Was damals schon bestanden haben mag, war die mögliche Ursache des Mangels, die Lage des Grundstücks in einem von dem Kohlenabbau beeinflußten Gebiet. Allein auf die Kenntnis hiervon konnte es nicht ankommen.

Aus dem Gesagten folgt aber weiter schon, daß von den drei Voraussetzungen für Geltendmachung von Schädenansprüchen die erste, daß nämlich der Mangel schon beim Vertragsabschlusse vorhanden war, nicht in Frage kommen kann. Da, wie keiner Ausführung bedarf, der Mangel weiter nicht auf einen Umstand zurückgeführt werden kann, den die Klägerin als Verpächterin zu vertreten hatte, so könnte diese nur in dem Fall schadenersatzpflichtig gemacht werden, wenn sie mit der Beseitigung des Mangels in Verzug geraten wäre. Das Ber.-Gericht vermag — anders als die Vorinstanz — auch diese Voraussetzung nicht als gegeben zu erachten. Verzug würde die Verpflichtung der Klägerin zur Beseitigung des Mangels bedingen, und eine solche Verpflichtung müßte verneint werden, wenn ihre Erfüllung unmöglich wäre. Dabei darf der Begriff der Unmöglichkeit i. S. von § 275 BGB. nicht zu eng gefaßt und etwa auf den Fall beschränkt werden, daß kein Mensch die Leistung zu bewirken, also den Mangel zu beseitigen vermöchte (Komm. von RGRäten bei § 275 Anm. 3). Der unbedingten Unmöglich-

keit der Leistung ist vielmehr auch der Fall gleichzusetzen, daß der Schuldner nur mit übermäßiger Kraftanstrengung, also nur unter solchen Schwierigkeiten oder nur unter so großen Aufwendungen zu erfüllen vermöchte, daß ihm die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden kann. Denn über diese Grenze hinaus geht die Leistungspflicht keines Schuldners (§ 242 BGB.; RGEntsch. 57, 118; 65, 34). Ob Unmöglichkeit in diesem Sinne vorlag, muß nach den besonderen Umständen der Sachlage beurteilt werden; die hier vorliegenden drängen zur Bejahung der Frage. Nach dem überzeugenden Gutachten F.s wäre zur Beseitigung des Mangels ein Aufwand von mindestens 2900 *M* erforderlich gewesen. Dieser Betrag wäre schon an sich ganz unverhältnismäßig hoch gewesen gegenüber dem, was die Klägerin aus dem Pachtverhältnisse von der Beklagten bis zu dessen damals für Ende Dezember 1905 zu erwartendem Ablauf noch zu ziehen hatte. Aber dazu kam, daß nach dem Urteil des Sachverständigen mit den von ihm vorgeschlagenen Veränderungen noch keineswegs ein Betrieb erzielt werden konnte, der frei von Unbequemlichkeiten blieb, so daß die Klägerin trotzdem gewärtigte, daß sie sich auch noch Abzüge an der Pacht würde gefallen lassen müssen. Ausschlaggebend muß aber sein, daß die Vornahme der kostspieligen Maßregeln, wie der Sachverständige betont, nicht die geringste Gewähr für eine dauernde Mängelabstellung bot, da die Bodenbewegung noch nicht auf einem Ruhepunkt angelangt war. Hiernach war die Beseitigung des Mangels in dem angegebenen Sinn als unmöglich anzusehen und konnte die Klägerin mit dieser nicht in Verzug geraten. Es entfällt damit jede rechtliche Grundlage sowohl für die Aufrechnungseinrede als auch für die erhobene Widerklage.

Es bleibt also nur noch die Frage, ob und inwieweit die Beklagte mit dem hülfsweise geltend gemachten Minderungsanspruch durchdringe. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 8. Febr. 1915. St. w. K. & Co. — 5 O. 47/11. F—ch.

---

139. Der Beleidiger kann vertraglich zum öffentlichen Widerruf verpflichtet werden.

(Vgl. 70 Nr. 12 m. N.)
BGB. §§ 823 Abs. 2, 138. 249.

Im Jahre 1912 hatte der Beklagte in seiner Gastwirtschaft zu andern Personen geäußert, der Kläger habe seine Mühle in Brand gesteckt. Kläger erhob deshalb Privatklage und der Beklagte wurde vom Schöffengericht wegen öffentlicher Beleidigung des Klägers zu 100 *M* Geldstrafe sowie zu der Nebenstrafe aus § 200 Abs. 1 StGB. verurteilt. Er legte Berufung ein. Darauf kam vor der Ber.-Strafkammer am 2. August 1913 ein Vergleich zustande; der Kläger nahm die Privatklage zurück, der Beklagte übernahm

die Kosten, erklärte die behaupteten Beleidigungen zu Protokoll für unwahr und verpflichtete sich, diese Erklärung in zwei Zeitungen und durch einwöchigen Aushang an der Gemeindetafel auf seine Kosten zu veröffentlichen. Da er dieser Verpflichtung nicht nachkam, wurde Kläger mit dem Antrage klagbar, den Beklagten zur Vornahme der Veröffentlichung zu verurteilen. Das Landgericht erkannte nach diesem Antrage und die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen; ebenso seine Revision. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Zulässigkeit des Rechtsweges wird von der Revision mit Unrecht in Zweifel gezogen. Der Vergleich, um dessen Erfüllung es sich handelt, betrifft die Genugtuung für eine Beleidigung, die der Beklagte dem Kläger zugefügt hatte, also für eine Verletzung der Ehre des Klägers. Das Rechtsgut der Ehre fällt aber keineswegs ausschließlich in den Bereich des öffentlichen Rechts, berührt vielmehr gerade in erster Linie die besondere Rechtssphäre des Einzelnen. Der von den Parteien geschlossene Vergleich ist demnach als ein Geschäft des bürgerlichen Rechts, als ein privatrechtlicher Vertrag anzusehen. Der Umstand, daß der Vergleich die Beendigung eines Strafverfahrens bezweckte und daß er vor einem Strafgericht geschlossen wurde, kann an diesem Ergebnis nichts ändern.

Zur Sache selbst wird vom Ber.-Richter ausgeführt, die freiwillige Übernahme des öffentlichen Widerrufs der vom Beklagten begangenen Beleidigung verstoße gegen kein Gesetz, insbesondere nicht gegen § 11 EinfG. z. StPO., denn diese Vorschrift beziehe sich nicht auf einen Widerruf, zu welchem sich der Täter durch Vertrag verpflichtet habe. Die Revision rügt Verletzung des § 6 EinfG. z. StGB. und des § 11 EinfG. z. StPO. Sie meint, der öffentliche Widerruf einer Beleidigung stelle eine Selbstdemütigung dar, die überwiegend den Charakter einer den Beleidiger treffenden Strafe trage, und zwar einer Strafe, die als mit dem modernen Rechtsbewußtsein unvereinbar aus der Reihe der gesetzlich zulässigen Strafen ausgeschlossen worden sei. Demnach könne es auch nicht für zulässig erachtet werden, daß sich jemand vergleichweise, also durch Vertrag, zu einem öffentlichen Widerruf verpflichte. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten.

Es ist zwar richtig, daß die früher partikularrechtlich zulässig gewesenen Strafen des Widerrufs, der Abbitte und der Ehrenerklärung durch § 6 EinfG. z. StGB. als Strafen beseitigt sind, und es mag auch zugegeben werden, daß sich die Gesetzgebung zu diesem Schritte entschlossen hat, weil angenommen wurde, daß solche Strafen für den Verurteilten demütigend und beschämend sowie mit dem modernen Rechtsbewußtsein nicht vereinbar seien. Daraus folgt aber noch nicht, daß sich der Beleidiger auch durch Vertrag nicht rechtswirksam zu einer von jenen Kundgebungen verpflichten könne. Ein solcher Schluß würde vielmehr nur dann gerechtfertigt sein, wenn angenommen werden müßte, daß der Gesetzgeber jene Kundgebungen überhaupt und schlechthin mißbilligt habe. Allein die bloße Beseitigung des

öffentlichen Widerrufs und ähnlicher Erklärungen als Strafe beweist, auch wenn man die bereits erwähnten Motive mit in Betracht zieht, mehr nicht, als daß der Gesetzgeber jene Maßregeln als geeignete öffentliche Strafen nicht angesehen hat.

Auch aus § 11 EinfG. z. StPO. ist zugunsten der Revision nichts herzuleiten. Wenn dort gesagt ist, daß die Verfolgung von Beleidigungen nur nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung stattfinde, so ist dabei ersichtlich nur an die strafrechtliche Verfolgung des Täters, nicht an die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen gedacht. Der § 11 bildet daher weder ein Hindernis für den Abschluß von Verträgen über den Widerruf einer Beleidigung, noch steht er der Beschreitung des Rechtswegs bezüglich der Ansprüche aus solchen Verträgen entgegen.

Denkbar ist, daß unter Umständen der § 138 BGB. in Frage kommen könnte. Allein im vorliegenden Fall liegt zweifellos ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vor. Weder der Inhalt der vom Beklagten abzugebenden Erklärung, noch die Art der Bekanntmachung und der damit verfolgte Zweck können in dieser Beziehung Bedenken erregen.

Die Revision beruft sich auf das Urteil des 6. Zivilsenats in RGEntsch. 60, 12. Damals handelte es sich aber nur darum, ob der Beleidigte schon auf Grund des Gesetzes, insbesondere nach § 249 BGB. einen Anspruch auf Widerruf der Beleidigung habe. Über die Frage, ob Verträge über den Widerruf rechtswirksam und klagbar sind, ist nicht entschieden und sollte nicht entschieden werden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 18. Mai 1915. W. (Bkl.) w. S. (OLG. Breslau). VII. 6/15. Auch in RGEntsch. 87 Nr. 16 S. 80.

---

140. Zum Begriff des Eigenbesitzers nach §§ 836 Abs. 3, 837 BGB.

BGB. §§ 836 ff.

Der Kläger war in Schaden gekommen durch das Umstürzen eines Mastes des Leitungsnetzes, das die verklagte Akt.-Gesellschaft benutzte, um von ihrem Elektrizitätswerke in A. aus das dortige Grundstück der Petrol.-Verk.-Gesellschaft, über andre Grundstücke hinweg, mit Strom zu versorgen. Die auf Grund des § 837 BGB. erhobene Klage auf Schadenersatz wurde dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Das Ber.-Gericht entnimmt aus der eigenen Darstellung der Beklagten, daß sie seinerzeit von dem Vorbesitzer des A.er Elektrizitätswerks auch die Anschlußleitung, die zu den Baulichkeiten der Petrol.-Verk.-Gesellschaft führt, tatsächlich mit übernommen hat, daß sie seitdem diese Anschlußleitung dazu benutzt, um aus ihrem Elektrizitätswerke der Petrol.-Verk.-Gesellschaft den nötigen Strom zu liefern, und daß sie sich tatsächlich bisher

in Ausübung ihres Stromlieferungsrechts auch als den unterhaltspflichtigen Besitzer angesehen hat, während sich die Petrol.-Werk.-Gesellschaft um das Leitungsnetz nicht bekümmert hat. Es ist der Ansicht, diese Tatsachen genügten zur Anwendung des § 837 BGB. ebenso, wie es nach § 836 zur Feststellung der Haftpflicht genüge, daß der Pflichtige, ohne Eigentümer zu sein, Eigenbesitzer sei, d. h. das Werk tatsächlich als ihm gehörend innehabe.

Die Revision beanstandet diese Erwägung. Sie führt aus: Zum Eigenbesitze gehöre, daß der Wille, die Sache rechtlich zu beherrschen, vorhanden und zum Ausdruck gekommen sei. Regelmäßig werde eine Kundgebung dieses Willens nicht anzunehmen sein, wenn ihr, wie im Streitfall, eine mangelnde Prüfung des Sachverhalts zugrunde liege, mit der Klarstellung des wahren Sachverhalts werde ohne weiteres der Eigenbesitzwille hinfällig. Deshalb sei es auch rechtsirrig, wenn das Ver.-Gericht Erklärungen und Behauptungen der Beklagten, die von dem Irrtum beeinflußt gewesen seien, zur Feststellung des Eigenbesitzwillens herangezogen habe. Die Rüge ist unbegründet.

Wie im Fall des § 836, so ist auch im Fall des § 837 BGB. haftpflichtig der Eigenbesitzer. Eigenbesitzer aber ist nach § 872, wer eine Sache „als ihm gehörend" besitzt. Die Wendung „als ihm gehörend" könnte die anscheinend von der Revision vertretene Meinung aufkommen lassen, als ob das Gesetz den Glauben des Besitzers erforderte, daß ihm die Sache wirklich gehöre. Daß aber zum Eigenbesitz der gute Glaube des Besitzers nicht erforderlich ist, ergibt sich ohne weiteres aus § 937 Abs. 2 und § 955 Abs. 1 Satz 2 BGB. ‚Als ihm gehörend' bedeutet nicht, daß der Besitzer die Sache für eine ihm gehörende halten muß (sog. opinio dominii), es genügt vielmehr der Wille des Besitzers, sie wie eine ihm gehörende zu besitzen (sog. animus domini), d. h. die dem Inhalt des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben. Das ist die in der Rechtslehre herrschende Auffassung, und sie ist als dem Gesetz entsprechend anzuerkennen. In der Entscheidung des 5. Zivilsenats (Entsch. 54, 135) ist zwar gesagt, Eigenbesitzer sei, wer eine Sache als sein eigen, als ihm gehörig besitzt, wer sie ‚also mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein, besitzt'. Diese Stelle ist vielleicht nicht ganz scharf gefaßt, sachlich will jedoch der 5. Zivilsenat von der herrschenden Lehre augenscheinlich nicht abweichen, zu einer Hervorhebung des Unterschiedes zwischen der Meinung des Besitzers, Eigentümer zu sein, und seinem Willen, die Sache wie eine ihm gehörende zu besitzen, bot der damalige Streitfall keinerlei Veranlassung. Von dem hiernach zutreffenden Begriff des Eigenbesitzers geht aber auch das Ver.-Gericht aus. Da die irrige Annahme, Eigentümer zu sein, den Willen des Besitzers, sie wie eine ihm gehörende zu besitzen, nicht nur nicht ausschließt, sondern sehr häufig geradezu zur Voraussetzung hat, so ist es auch nicht als rechtsirrig anzusehen, wenn das Ver.-Gericht zur Feststellung des Eigenbesitzwillens Erklärungen und Behauptungen der Beklagten herangezogen hat, die von der angeblich irrigen Annahme beeinflußt waren, sie sei Eigentümerin

auch der zu den Baulichkeiten der Petrol.-Verk.-Gesellschaft führenden Anschlußleitung und mit ihr des sog. Unglücksmastes.

Wenn § 837 BGB. von jemand spricht, der ein Gebäude oder ein Werk auf einem fremden Grundstück ‚in Ausübung eines Rechts' besitzt, so stellt er damit, wie noch bemerkt werden mag, nicht das Erfordernis auf, daß dem Besitzer das, sei es dingliche, sei es persönliche, Recht, auf dem fremden Grundstück das Gebäude oder das Werk zu haben, wirklich zusteht. Auch hier gilt vielmehr Ähnliches wie beim Eigenbesitzwillen. Es genügt, wenn der Besitzer den Willen hat, das Recht, auf dem fremden Grundstück das Gebäude oder das Werk zu haben, wie ein ihm zustehendes auszuüben. Daß aber die Beklagte auch bezüglich der Anschlußleitung dieses Willens gewesen ist, obgleich insoweit das Recht in Wahrheit vielleicht der Petrol.-Verk.-Gesellschaft zustand, geht aus den Feststellungen des Ber.-Gerichts mit Sicherheit hervor. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 28. Okt. 1915. K.s Elektr.-Werke (Bkl.) w. N. (OLG. Naumburg). IV. 72/15.

---

141. Eigenhändiges Testament in Briefform*; es kann die Unterzeichnung nur mit dem Vornamen genügen.

*Vgl. 58 Nr. 14. 242.
BGB. §§ 2231[2]; 126 Abs. 1.

Die Braut des im September 1914 im Felde gefallenen Vizefeldwebels M. legte dem Amtsgericht in P. zwei Briefe des Verstorbenen vor mit dem Antrage, sie als Testamente zu eröffnen und ihr einen Erbschein zu erteilen. Der eine Brief „Paderborn den 4. August 1914" war an die Eltern der Antragstellerin gerichtet und unterschrieben „Euer Sohn und Schwager Fritz". Der andre war an die Antragstellerin gerichtet, aus „Pdb. d. 8. August 14" und unterschrieben „Dein treuer Fritz". Das Amtsgericht wies den Antrag ab, indem es in beiden Briefen die Unterschrift und in dem zweiten auch die Ortsangabe beanstandete. Auch das Landgericht hielt die Unterschriften für ungenügend, während es die Frage offen ließ, ob die Ortsangabe im zweiten Brief ausreiche. Das Kammergericht wollte aus letzterem Grunde keine Bedenken herleiten, war aber ebenfalls der Ansicht, daß die Unterschriften nicht dem Gesetze entsprächen. Da diese Frage jedoch vom OLG. Colmar anders entschieden war (Jur. Ztschr. f. Elſ.-Lothr. 33, 434), legte es die weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem Reichsgericht vor und dieses entschied zugunsten der Antragstellerin. — Aus den Gründen:

„Nach § 2231 Nr. 2 BGB. kann ein Testament ‚durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung' errichtet werden. Daß die Erklärung auch in Briefform

erfolgen kann, ist anerkannt Rechtens (JW. 1907, 143[25] und 1910, 22[34]). Darüber, wie die Unterschrift zu erfolgen hat, ist in § 2231 Nr. 2 nichts gesagt. Das Kammergericht ist deshalb der Ansicht, daß diese Frage nach § 126 Abs. 1 BGB. zu entscheiden sei (vgl. auch RGEntsch. in Straff. 43, 231), wonach, wenn durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig ‚durch Namensunterschrift' oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden muß. Der § 126 Abs. 1 ist für die Fälle gegeben, in denen nach dem Gesetz einfache Schriftform genügt. Zu diesen Fällen gehört der des § 2231 Nr. 2 nicht. Ob § 126 Abs. 1 trotzdem, und obwohl er im übrigen wegen des für das eigenhändige Testament aufgestellten Erfordernisses der eigenhändigen Unterschrift zweifellos nicht paßt, zur Ergänzung des § 2231 Nr. 2 wenigstens insoweit heranzuziehen ist, als er Unterzeichnung durch Namensunterschrift erfordert, kann zweifelhaft erscheinen. Die Frage bedarf aber hier keiner Entscheidung. Denn auch wenn sie zu bejahen ist, folgt daraus noch nicht, daß, wie das Kammergericht meint, das eigenhändige Testament unter allen Umständen mit dem Namen unterzeichnet werden müßte, dessen sich der Erblasser im Verkehr allgemein bedient, und daß deshalb, da der verkehrsübliche Name grundsätzlich der dem Erblasser nach bürgerlichem und öffentlichem Rechte zustehende Familienname sei, die Unterzeichnung mit einem andern Namen als dem Familiennamen, insbesondere mit dem Vornamen, einzig und allein dann zulässig sei, wenn dieser andre Name, wie z. B. bei erlauchten Personen der Vorname, ‚in regelmäßiger und allbekannter Übung im Verkehr als Name gebraucht' werde.

Der § 126 Abs. 1 schreibt Unterzeichnung durch Namensunterschrift vor, sagt aber nichts darüber, was zur Namensunterschrift gehört. Das erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte (vgl. insoweit ArchZivPrax. 100, 418). — — — Der Gesetzgeber hat es hiernach absichtlich vermieden, im § 126 Abs. 1 Unterzeichnung mit dem Familiennamen vorzuschreiben. Die Fälle, in denen nach den Motiven die Unterzeichnung mit einem andern als dem Familiennamen, insbesondere mit dem Vornamen, genügen soll, sind, wie schon das Wort ‚namentlich' in den Prot. der 1. Kommission ergibt, nur als Beispiele gedacht. Es kann deshalb, und da den Ausführungen in den Vorarbeiten, worauf auch das Kammergericht Gewicht legt, von keiner der maßgebenden Stellen widersprochen worden ist, im Sinne des Gesetzes auch in andern Fällen die Unterzeichnung mit einem andern als dem Familiennamen nicht für ausgeschlossen erachtet werden. Ist dem aber so, dann muß insbesondere die Unterzeichnung eigenhändiger Erklärungen, die sich an nahe Angehörige richten, mit dem bloßen Vornamen mindestens dann als zulässig und ausreichend angesehen werden, wenn sich aus dem durch die Unterschrift gedeckten Text der Urkunde die Person des Ausstellers für jeden Dritten mit Sicherheit ergibt. So aber liegt die Sache hier. Der Erblasser hat nämlich in den

beiden Briefen den Empfängern, und zwar in den vor der Unterschrift stehenden Teilen der Briefe, seine genaue Feldadresse mitgeteilt, und in dieser auch seinen Familiennamen angegeben, so daß aus den Briefen selbst ohne weiteres zu entnehmen ist, daß sie von dem Vizefeldwebel Fritz M. der 5. Komp. des Inf.-Regim. Nr. 158 geschrieben sind. Das Kammergericht glaubt zwar, auch diesem Umstande kein Gewicht beilegen zu dürfen, weil die Namensunterschrift ein Formerfordernis (nicht ein Beweismittel) sei und nicht durch den verfügenden Inhalt der Urkunde ergänzt werden könne. Darin geht es aber zu weit. Reicht nach dem Gesetz in gewissen Fällen die Unterzeichnung mit dem bloßen Vornamen aus, so ist in diesen Fällen dem Formerfordernisse durch die Unterzeichnung mit dem bloßen Vornamen genügt und alles übrige ist Beurteilung des Einzelfalls, aber nicht Formfrage. Die Unterzeichnung mit dem bloßen Vornamen kann zwar unter Umständen Bedenken andrer Art erregen, insbesondere nach der Richtung hin, ob es sich um eine wirklich zum Abschluß gelangte Willenserklärung oder lediglich um einen Entwurf, eine nur für den Aussteller selbst bestimmte Aufzeichnung oder etwas Ähnliches handelt. Bedenken solcher Art werden aus der Unterzeichnung mit dem bloßen Vornamen seltener herzuleiten sein, wenn, wie hier, Erklärungen in Frage kommen, die sich in Briefen an nahe Angehörige finden, denen gegenüber sich der Briefschreiber auch gerade im Briefverkehr regelmäßig nur mit dem Vornamen zu bezeichnen pflegt. Jedenfalls aber sind derartige Bedenken im vorliegenden Falle bisher nicht geltend gemacht; die aus der Unterzeichnung der beiden Briefe mit dem bloßen Vornamen bisher herzuleitenden Bedenken jedoch sind, wie dargelegt, unbegründet."

Beschluß des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 5. Juli 1915. RJA. 14, 262. Auch RGEntsch. 87 Nr. 22 S. 109.

---

142. Zulässigkeit des Firmenzusatzes „& G." bei einer offenen Handelsgesellschaft.

HGB. § 19.

Der Beschwerdeführer, der auf Grund der BRVO. v. 30. Sept. und der Bkm. d. RK. v. 20. Okt. 1914 (RGBl. 421. 443) zum Zwangsverwalter der Zweigniederlassung der französischen Kommanditgesellschaft „V. B. fils et Compagnie" bestellt worden war, meldete zum Handelsregister die Änderung der Firmenbezeichnung für die Zweigniederlassung in „V. B. Sohn & G." an. Das Amtsgericht lehnte die Eintragung als dem § 19 HGB. nicht entsprechend ab; die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Der weiteren Beschwerde wurde stattgegeben. — Gründe:

„Der Ansicht des Landgerichts, daß der ein Gesellschaftsverhältnis andeutende Zusatz ‚Cie.' oder ‚Co.' von dem Verbote geschäftlicher Bezeichnungen in französischer Sprache, wie es die militärischen Befehlshaber auf Grund

der ihnen im Gesetz über den Belagerungszustand v. 4. Juni 1851 übertragenen Gewalt erlassen haben, nicht betroffen werde, wird unbedenklich zugestimmt werden können. Denn die Verordnung der stellvertr. kommandierenden Generale des 14. 15. 16. und 21. Armeekorps über die Geschäftssprache v. 31. Dez. 1914 will der geflissentlich in das Reichsland getragenen Werbung für Gebrauch und Verbreitung des Französischen entgegentreten, während es sich hier um herkömmliche Zusätze handelt, deren Entstehung in andern Umständen zu suchen ist und die im ganzen Reiche längst üblich sind. Allein die Unzulässigkeit oder das Verbot des Zusatzes ‚& Cie.' u. dgl. steht im vorliegenden Falle überhaupt nicht zur Entscheidung. Es handelt sich für das Registergericht nur darum, ob der Zusatz ‚& G.' gesetzlich zulässig ist. Auch der Beschwerdeführer hat zwar dem Registergericht gegenüber der Verordnung der Militärbefehlshaber Erwähnung getan; er begründet aber ausdrücklich den Antrag auf Eintragung des verdeutschten Zusatzes nicht damit, daß die Verdeutschung rechtlich notwendig, sondern daß sie statthaft sei. Darin hat er recht, und die Annahme des Gegenteils seitens der Vorinstanzen verletzt den § 19 HGB.

Abkürzungen der im § 19 HGB. und in andern Vorschriften für die verschiedenen Gesellschaftsfirmen geforderten Zusätze sind allgemein üblich und gestattet. Es ist nun kein Grund dafür einzusehen, daß eine Gesellschaft den vorgeschriebenen ‚das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz' nicht in einer auch sonst üblichen Abkürzung an die Ausdrucksweise des Gesetzes, welches nur von der ‚Gesellschaft', niemals von der ‚Compagnie' redet, solle knüpfen dürfen, und daß sie entweder zu einer unbegründeten Weitschweifigkeit oder dazu gezwungen sein solle, bei einem fremdsprachigen Zusatze zu beharren, der sich zwar durch herkömmliche Übung und, da er einem Mißverständnisse nicht begegnet, anstandlos Duldung verschafft hat, der aber weder der Gesellschaftsbezeichnung im Gesetz entspricht, noch sprachlich einwandfrei, noch auch sachlich ganz richtig ist. Denn die mit dem Zusatz ‚& Cie.', ‚u. Comp.' oder ähnlich gebildete Firma deutet unrichtigerweise an, daß ein namentlich Bezeichneter und daneben eine Gesellschaft (eine Compagnie) bestehe, während in Wirklichkeit die Gesellschaft, deren Firma bekanntgemacht werden soll, aus einem namentlich bezeichneten und einem andern Teilhaber oder mehreren andern Teilhabern erst gebildet wird. Deshalb wird auch der vom Beschwerdeführer beabsichtigte Zusatz ‚& G.', und ‚Gesellschafter' zu lesen sein, nicht ‚und Gesellschaft', wodurch jene Unrichtigkeit noch schärfer hervorträte als sie in dem fremdsprachigen Ausdrucke vielleicht empfunden werden mag. Dahingestellt bleiben kann dabei, wie der Beschwerdeführer selbst den gewählten und nicht zu beanstandenden abgekürzten Zusatz für sich aufgefaßt hat.

Welche ernst zu nehmenden ‚Mißdeutungen und Irrtümer', die das Landgericht befürchtet, durch den beabsichtigten, an die Sprache des Ge-

setzes angelehnten Zusatz herbeigeführt werden sollen, ist schwer erfindlich; die von dem Registergericht, dem das Beschwerdegericht beipflichtet, angenommene Möglichkeit, der Zusatz ‚& G.' könne ‚und Genossen' verstanden werden, ist sachlich wenig belangreich, ganz abgesehen davon, daß für Genossenschaften ganz bestimmte anderweitige Firmenbezeichnungen im Gen.-Gesetze vorgeschrieben und in das Genossenschaftsregister (nicht in das Handelsregister) einzutragen sind und dies im Handelsverkehr bekannt ist. Ebensowenig Bedeutung ist der der praktischen Erfahrung des Lebens kaum entnommenen Befürchtung beizumessen, der Zusatz könne als ‚und Gattin' oder als ‚und Gemahlin' gelesen werden. Gesetzt es sei so, und es käme jemand zu dieser fernliegenden Deutung, so könnte er dazu nur auf Grund der richtigen Erkenntnis gelangen, daß es sich um eine Gesellschaft handelt. Wenn er dem Zusatz irrtümlich entnehmen zu müssen glaubte, der Mitgesellschafter sei die Ehefrau des mit Namen Bezeichneten, so stünde der Irrende lediglich demjenigen gleich, der in einem Fall, in welchem tatsächlich die Ehefrau Gesellschafterin ist, dies aus dem Zusatz ‚& Comp.' nach seinem Verständnisse von diesem Zusatze verneinen zu müssen glaubte. Derlei ausgesonnenen Irrtumsmöglichkeiten ist keine Bedeutung beizumessen. Es mag beispielsweise daran erinnert werden, wie unter Umständen der dem Namen eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit beigegebene Zusatz ‚a. G.' von einem Unkundigen als ‚Aktiengesellschaft' (A. G.) möglicherweise verstanden werden kann.

Das Registergericht hat nach § 18 Abs. 2 HGB., der in dieser Hinsicht selbstverständlich auch für Gesellschaftsfirmen gilt, darauf zu achten, daß der Zusatz nicht eine Täuschung herbeizuführen geeignet ist. Aber im übrigen sind, sofern das Gesetz keine Schranken zieht, die Beteiligten in ihrer Entschließung frei; und es wäre eine Überspannung der richterlichen Pflicht, wenn es als Aufgabe der Gerichte angesehen würde, den freien Handelsverkehr vor vermeintlichen oder entfernt möglichen Irrtümern zu bewahren, denen die beteiligten Kreise nach den Erfahrungen des Lebens nicht zu verfallen pflegen, vor denen, sofern sie überhaupt von sachlicher Bedeutung sind, durch eigene billigerweise zu fordernde Überlegung sich zu schützen sie aber auch nach Natur und Zweck des Handelsregisters durch dessen Einträge nicht entbunden sind.

Darnach ist der beantragten Eintragung stattzugeben, falls nicht etwa andre Gründe ihr entgegenstehen, was das Registergericht zu prüfen hat. Zu bemerken ist hierzu, daß die Eigenschaft des Geschäfts als Zweigniederlassung der in A. bestehenden Hauptniederlassung die von dem Beschwerdeführer beabsichtigte Verdeutschung der Firma nicht hindert, da der Firmeneintrag bei der Zweigniederlassung nicht völlig mit dem der Hauptniederlassung übereinstimmen muß. Die Firma der Hauptniederlassung muß nur in ihrem wesentlichen Teil (wie der Kommentar von Staub-Könige Anm. 8 zu § 30 es ausdrückt: in ihrem ‚Kern') wiedergegeben und die Abweichung darf

nicht zu einer Täuschung geeignet sein. Beiden Erfordernissen ist hier durchaus genügt."

Beschluß des OLG. zu Colmar v. 13. Okt. 1915. RJA. 14, 294.

---

143. Wichtiger Grund zur Auflösung einer Gesellschaft m. b. H., daß der eine Gesellschafter Engländer ist.

GmbHG. § 61.

Der Ingenieur K., mit dem der Kläger seit dem 8. Juli 1907 die Herstellung von Straßenwalzen und Aufreißern und die Verleihung solcher Geräte unter der Firma Gebr. B., Gesellsch. m. b. H., betrieben hatte, wurde von den zuständigen Behörden des Inlands als englischer Staatsangehöriger angesehen und wird deshalb seit mehreren Monaten in Ruhleben festgehalten. Das Landgericht löste auf Antrag des Klägers die Gesellschaft auf. Hiergegen legte diese Berufung ein, die jedoch zurückgewiesen wurde. Aus den Gründen:

„Die den formellen Voraussetzungen des Gesetzes entsprechende Klage ist auch sachlich begründet. Hierbei legt das Ber.-Gericht kein Gewicht auf das dem Gesellschafter K. zum Vorwurf gemachte Verhalten gegenüber dem Kläger als seinem Mitgesellschafter und den Geschäftskunden. Anscheinend handelt es sich insoweit nicht um Verfehlungen, die das Gedeihen und die Fortentwicklung der Gesellschaft erheblich gefährdeten oder das Zusammenarbeiten der beiden Gesellschafter unerträglich und unmöglich machten, wohl aber ist die nach außen sichtbare Tatsache, daß K. englischer Staatsangehöriger ist, geeignet, die Gefahr eines geschäftlichen Zusammenbruchs der Gesellschaft zu begründen. Die Tatsache selbst ist als zugestanden anzusehen. Die Angehörigkeit K.s zu einem feindlichen Staate, insbesondere zu England, muß aber auf die Verhältnisse der verklagten Gesellschaft höchst nachteilig wirken und deren ferneres Gedeihen aufs Äußerste gefährden. Sollte doch der nun schon 5/4 Jahre andauernde Krieg für England vor allem ein Handelskrieg und das Mittel sein, den geschäftlichen Wettbewerb Deutschlands im Welthandel niederzuringen und die deutschen Geschäfte von den Weltmärkten auszuschließen. Für längere Zeit kann deshalb nicht daran gedacht werden, daß Gesellschaften, der Engländer als Inhaber zugehören, in Deutschland, wo die englischen Kriegsgesichtspunkte allgemein bekannt sind, Geschäfte machen. Das ist trotz aller Nachsicht und Langmut des deutschen Volkes nicht zu erwarten. Keinesfalls können sich die Gemeinde- und sonstigen Verwaltungsbehörden, die hauptsächlichsten Kunden der verklagten Gesellschaft, über die in allen Volkskreisen herrschende Stimmung hinwegsetzen. Es ist daher nicht zufällig, daß die Gemeindeverwaltungen von Dr. und Bl. sich bereits in diesem Sinne geäußert haben und der verklagten Gesellschaft so lange, als ihr ein Engländer angehört, weitere Aufträge nicht geben wollen.

Daß die Engländereigenschaft K.s ihm an sich nicht zum Verschulden angerechnet werden kann, ist einflußlos; sie bleibt trotzdem i. S. des Gesetzes ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft. Keinesfalls liegt insoweit ein Verschulden des Klägers vor. Vielmehr könnte höchstens noch in Frage kommen, ob nicht K. das Gedeihen der verklagten Gesellschaft dadurch erheblich gefährdet habe, daß er sich nicht bloß auf die Fürsorge für durch den Kriegsausbruch in Bedrängnis geratene Engländerinnen, die ihm in Deutschland niemand zum Vorwurf machen wird, beschränkt, sondern sich nach dem Kriegsausbruch offen auf die Seite Englands gestellt und damit bei vielen Deutschen Ärgernis erregt hat.

Nach alledem ist die Berufung zurückzuweisen."

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 5. Nov. 1915. Gebr. B. w. B. 2 O. 64/15. —e—.

II. Verfahren.

144. Die Anerkennung des Wechselanspruchs unter Vorbehalt der Rechte und der Antrag auf Anerkenntnisurteil sind keine kontradiktorische Verhandlung nach § 18[1] GKG.

GKG. § 18[1]; ZPO. § 599.

Der Beklagte hat gegenüber einer Wechselklage zum Betrage von 2613,50 *M* in der Verhandlung vor dem Landgericht erklären lassen, daß er den ganzen Betrag im Wechselprozeß anerkenne, jedoch bezüglich eines Teilbetrages von 1600 *M* unter Vorbehalt seiner Rechte für das ordentliche Verfahren. Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten dem Anerkenntnisse gemäß zu verurteilen. Das Landgericht hat den Beklagten nach der Klage und in die Kosten verurteilt und ihm die Ausführung der Rechte im ordentlichen Verfahren vorbehalten. — — —

Die Frage, ob eine Erklärung des Beklagten, er erkenne die Wechselforderung als solche an, bitte aber um Vorbehalt seiner Rechte, und ein darauf gestellter Antrag der Klägerin, den Beklagten zu verurteilen, als kontradiktorische Verhandlung i. S. von §§ 18[1]. 19 GKG. anzusprechen sei, ist streitig. Bejahend: Sydow-Busch Anm. 1; Rittmann[5] Anm. 6 zu § 19 GKG. Dieses Gericht schließt sich der

von Stein Anm. 4 zu § 599 ZPO.; Pfafferoth Anm. 3 zu § 19 GKG.; OLG. Marienwerder in OLGRspr. 2, 269 und OLG. Dresden Ann. 22, 553 vertretenen

entgegengesetzten Ansicht an; denn es ist nicht angängig, von widersprechenden Anträgen zu sprechen, wenn beide Parteien Verurteilung im Wechselprozeß beantragen und der Beklagte ohne Widerspruch der Klägerin lediglich sich die Möglichkeit des Vorbringens seiner Einrede für das Nachverfahren sichert.

Eine Verhandlungsgebühr gelangt daher mangels einer kontradiktorischen Verhandlung nicht zur Hebung.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (Fer.-Ziv.-Sen.) v. 3. Sept. 1915 i. S. Karl B. (Bkl.) w. Ed. W. — Bs. Z. II. 97/15. B.

---

145. Streitwert bei der Wandelungsklage; Nebenforderungen.

Vgl. 57 Nr. 68.
ZPO. §§ 3. 4; BGB. § 462.

Wie aus dem Tatbestande des Ber.-Urteils hervorgeht, hat der Kläger nicht neben dem Antrage auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 200 ℳ einen weiteren Antrag auf dessen Verurteilung zur Rücknahme des gekauften Hundes gestellt; es erübrigt daher die Prüfung, wie hoch etwa sein Interesse an dieser Rücknahme zu bewerten sein würde. Daß der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung nur „gegen Rückgewährung" des Hundes begehrt und daß das Gericht die Verurteilung auch nur mit dieser Maßgabe ausgesprochen hat, ist für die Berechnung des Streitwerts ohne Bedeutung. Die Rückgewähr des gekauften Gegenstandes ist in erster Linie eine Pflicht des wandelnden Käufers, die seinem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegenübersteht. Es ist sachgemäß, daß er bei der Klagerhebung seinen Willen, den Kaufgegenstand zurückzugeben, durch die Fassung des Antrages zum Ausdruck bringt, eine Zusammenrechnung der Werte der beiderseits zu bewirkenden Leistungen wird aber dadurch ebensowenig gerechtfertigt, wie wenn ein Käufer aus einem Kaufgeschäft auf Lieferung gegen Zahlung oder der Verkäufer auf Zahlung gegen Lieferung klagt (vgl. RG. in SeuffA. 57 Nr. 68).

Daß bei einer Wandelungsklage der Anspruch des Käufers auf Ersatz der Futterkosten für das zurückzunehmende Tier als Nebenforderung im Sinne des § 4 ZPO. anzusehen ist, ist jetzt in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. RGEntsch. 52 Nr. 44 S. 164ff. und MecklZ. 19, 49). In gleicher Weise ist aber auch der Anspruch des Klägers auf Ersatz der von ihm verauslagten Hundesteuer zu behandeln. Beide Forderungen stehen im Abhängigkeitsverhältnis zu der eingeklagten Hauptforderung. Ihr Bestehen ist bedingt dadurch, daß der Kläger einen Anspruch auf Wandelung des Kaufgeschäfts hat. Der Kläger würde weder die Futterkosten noch die Steuer aufgewandt haben, wenn er den Hund nicht gekauft hätte, und wenn er in die Lage versetzt werden soll, wie wenn der Kauf überhaupt nicht abgeschlossen wäre, so gehört dazu neben der Rückzahlung auch die Erstattung der gedachten Auslagen (vgl. auch RG. in JW. 1906, 202[21] und OLG. Kiel in OLGRspr. 13, 67c).

Beschluß des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 13. Januar 1916 C. w. B. SA. 62, 1/16. K—n.

---

146. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei Preßvergehen*, auch wenn außerdem unlauterer Wettbewerb vorliegt. Die Einrede der Klagänderung geht der der örtlichen Unzuständigkeit vor.*****

*Vgl. 66 Nr. 217 m. N. — **Vgl. 46 Nr. 285; 53 Nr. 257. — ***Vgl. 53 Nr. 257; 58 Nr. 43.
ZPO. §§ 32. 264; BGB. § 824; UnlWG. § 24.

Die Klägerin hatte ihren Anspruch auf Zurücknahme einer sie schädigenden Bemerkung in einer Dresdener Druckschrift zunächst auf § 824 BGB. gestützt; die Beklagten hatten die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Leipziger Gerichts vorgeschützt, aber dann zur Hauptsache verhandelt. Nach erfolgter Beweiserhebung erklärte die Klägerin, sie wolle die Klage nunmehr auch auf §§ 14. 1 UnlW. und auf § 826 BGB. stützen. Unter Aufrechterhaltung des Unzuständigkeitseinwands bestritten die Beklagten das tatsächliche Anführen der Klägerin und schützten die Einrede der Klagänderung vor. — Das Landgericht erachtete sich auf Grund der Bestimmungen in § 24 UnlWG. für örtlich unzuständig und wies die Klage ab. Das Ber.-Gericht hob auf und verwies die Sache an das Landgericht zurück. Aus den Gründen:

„— — — Das Landgericht gründet die Abweisung der Klage insoweit, als sie sich auf die §§ 824. 826 BGB. stützt, in erster Linie auf die örtliche Unzuständigkeit des Gerichts, indem es die Meinung vertritt, daß wenn der Klaganspruch sowohl aus dem Wettbewerbsgesetz wie aus den angeführten Paragraphen hergeleitet werde, die Zuständigkeitsbestimmung des § 24 UnlWG. allein durchgreife. Das ist unzutreffend. War der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegeben, so kann der Umstand, daß der des § 24 UnlWG. fehlt, nur dazu führen, die Klage insoweit wegen örtlicher Unzuständigkeit abzuweisen als ihr Bestimmungen des UnlWettbewGes. zugrunde gelegt worden sind (RGEntsch. 27, 386, in SeuffA. 46 Nr. 285).

Der Gerichtsstand des § 32 ZPO. war aber für die erhobene Deliktsklage schon um deswillen in L. vorhanden, weil eine durch Verbreitung eines Preßerzeugnisses verübte unerlaubte Handlung auch da begangen ist, wo die Verbreitung stattgefunden hat, insbesondere der durch § 7 Abs. 2 der StPO. beseitigte fliegende Gerichtsstand der Presse für den Zivilprozeß weiter besteht (RGEntsch. 78, 257f.; vgl. SeuffA. 66 Nr. 217).

Daß die von dem Beklagten 1 herausgegebene Zeitschrift und die Nummer derselben, in deren Artikel die Klägerin einen Verstoß gegen die §§ 824. 826 BGB. findet, in L. verbreitet und gelesen worden ist, steht außer Streit. Daß der Artikel, wenn man die Wahrheit des klägerischen Anführens unterstellt, den §§ 824. 826 BGB. unterfallen kann (JW. 1912, 643[15]), ist nicht zu bestreiten. Eine Aufhebung des Urteils insoweit und eine Zurückverweisung nach § 538 ZPO. kann aber nicht um deswillen unterbleiben, weil die vorige Instanz in zweiter Linie die Klage, soweit sie auf § 824 BGB. gestützt ist, für sachlich unbegründet erklärt, und soweit sie auf § 826 beruht, den Einwand der Klagänderung für berechtigt ansieht. Zu einer sachlichen

Prüfung ist das Gericht, wenn es sich für unzuständig erachtet, überhaupt nicht befugt (RG. in SeuffA. 53 Nr. 257); es würde sonst der Umfang der Rechtskraft des Urteils zweifelhaft werden. Tut es dies dennoch, so ist die Begründung für die sachliche Abweisung als nicht vorhanden zu behandeln.

Was den Einwand der Klagänderung betrifft, so hätte dieser an erster Stelle geprüft werden müssen, weil, wenn er für durchschlagend angesehen wird, sich ein Eingehen auf das Vorbringen und damit auch auf die Frage erledigt, ob es im gewählten Gerichtsstand berücksichtigt werden kann. Eine Klagänderung lag aber garnicht vor, die Klägerin hatte nur ihre tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen ergänzt (§ 268[1] ZPO.) und jedenfalls konnte von einer wesentlichen Erschwerung der Verteidigung (§ 264 ZPO.) nicht die Rede sein. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 28. Nov. 1913 VerfSchG. m. b. H. w. Verb. S. J. 3 O. 157/13. —II.

147. Die Bestimmung eines gemeinschaftlichen Gerichts im Fall des § 36 Nr. 3 ZPO. ist für das bestimmte Gericht bindend.

Vgl. 40 Nr. 240.
ZPO. §§ 36[3]. 37 Abs. 2.

Durch Beschluß des Reichsgerichts v. 28. Februar 1914 war auf das Gesuch des Klägers für dessen Klage gegen drei, angeblich in drei verschiedenen Gerichtsbezirken wohnende Beklagte wegen eines Anspruchs auf Rücknahme von Aktien und Schadenersatz, auf Grund des § 36 ZPO. das Landgericht zu Erfurt als zuständiges Gericht bestimmt worden. Der demnächst bei dem Landgerichte zu Erfurt erhobenen Klage begegneten die Beklagten mit der prozeßhindernden Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, indem sie behaupteten, daß sie alle ihren Wohnsitz und damit ihren allgemeinen Gerichtsstand im Bezirk des Landgerichts zu Eisenach hätten. Das Landgericht verwarf die Einrede. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab. Das Reichsgericht stellte das 1. Urteil wieder her. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht sieht auf Grund der ihm vorgelegten und von ihm erhobenen amtlichen Auskünfte als erwiesen an, daß keiner der Beklagten seinen Wohnsitz und damit seinen allgemeinen Gerichtsstand (§ 13 ZPO.) im Bezirk des Landgerichts zu Erfurt hat, daß vielmehr für alle drei Beklagte vermöge ihres Wohnsitzes ein gemeinschaftlicher allgemeiner Gerichtsstand bei dem Landgericht zu Eisenach begründet ist. Ferner ist dargelegt, ein nach § 36 Nr. 3 ZPO. erlassener Beschluß des höheren Gerichts sei allerdings nach § 37 Abs. 2 daselbst unanfechtbar, sei aber, da er ohne mündliche Verhandlung ergehen könne, dahin auszulegen, daß durch ihn nur für den Fall, daß die behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, daß also ein gemeinschaftlicher allgemeiner Gerichtsstand der zu verklagenden Personen nicht bestehe, ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand geschaffen werden solle. Lägen

diese tatsächlichen Voraussetzungen nicht vor, so sei der Beschluß ohne praktische Bedeutung und die Einrede der Unzuständigkeit den Beklagten nicht genommen. Darnach erachtete das Ber.-Gericht die Einrede im gegebenen Falle für begründet. Dieser Auffassung war nicht beizutreten.

Schon nach der in dem Beschlusse des Reichsgerichts v. 28. Februar 1914 enthaltenen Parteibezeichnung ist der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes für keinen der Beklagten bei dem als zuständig bestimmten Landgericht zu Erfurt begründet. Sollte das Ber.-Gericht etwa der Meinung sein, daß schon aus diesem Grunde ein Einwand gegen die Zuständigkeit erhoben werden könne, so wäre diese Ansicht nicht gerechtfertigt. Die Frage, ob im Fall des § 36 Nr. 3 ZPO. die Auswahl zu beschränken sei auf die für die einzelnen künftigen Beklagten in Betracht kommenden Gerichte oder ob auch ein andres Gericht gleicher Ordnung, bei dem keiner der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, gewählt werden kann, war von dem Ber.-Gerichte nicht zu entscheiden und kann darum auch hier nicht Gegenstand der Entscheidung sein. Das folgt nicht nur aus der Vorschrift des § 37 Abs. 2, wonach der die Bestimmung treffende Beschluß der Anfechtung entzogen ist, sondern auch aus dem allgemeinen Grundsatze, daß das untere Gericht nicht berufen ist, die Beschlüsse des übergeordneten nachzuprüfen (vgl. das reichsgerichtl. Urteil v. 15. Nov. 1884 in SeuffA. 40, Nr. 240). Eben dieser Grundsatz ergibt aber auch die Hinfälligkeit der weiteren Erwägungen des Ber.-Richters. Die unteren Instanzen hatten den in dem entscheidenden Punkte — der Bezeichnung des für die Klage zuständigen Gerichts — völlig unzweideutigen Beschluß des Reichsgerichts nicht auszulegen, sondern, solange das Reichsgericht ihn nicht etwa selbst beseitigte, als unabänderlich hinzunehmen, wie es seitens des Landgerichts auch geschehen ist. Daran ändert nichts der von dem Ber.-Gericht hervorgehobene Umstand, daß es sich um einen Beschluß handelt, der nach § 37 Abs. 1 ohne mündliche Verhandlung erlassen werden konnte. Auch wenn ein Beschluß ohne mündliche Verhandlung ergeht oder ergehen kann, ist es keineswegs ausgeschlossen, daß das Gericht vor der Entscheidung auf Grund irgendwelcher Unterlagen in eine besondere sachliche Prüfung eingetreten ist, und dabei kann es gerade den nachher beanstandeten Punkt anders beurteilt haben als ihn das später mit der Sache befaßte Gericht beurteilen würde. Ob und wieweit dieser Fall hier zutraf, entzog sich der Kenntnis der Vorinstanzen und es war auch nicht ihre Aufgabe zu prüfen, ob und in welchem Umfange das Reichsgericht sich Gewißheit zu verschaffen hatte oder verschafft hat über die Voraussetzungen, von denen es bei der Erlassung seines Beschlusses ausging. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 11. Mai 1915 Z. (Kl.) w. Thür. Kred.-Anst. u. Gen. (OLG. Naumburg). II. 75/15. Auch in RGEntsch. 86 Nr. 100 S. 404.

148. Das Eigentum am tatsächlichen Zubehör geht auf den Ersteher über, auch wenn er weiß, daß es einem Dritten gehörte.

Vgl. 68 Nr. 249 m. N.
ZVG. § 55 Abs. 2.

Der Ber.-Richter geht davon aus, daß die streitigen Maschinen und Gerätschaften, sofern sie zur Zeit der Zw.-Versteigerung Zubehör des versteigerten Grundstücks waren und sich im Besitze des Schuldners (Grundstückseigentümers) befanden, auf Grund der §§ 55 Abs. 2, 90 Abs. 2 ZwVerstGes. Eigentum des Beklagten geworden sind, welcher das Grundstück erstanden hat, und zwar auch dann, wenn sie bis zur Versteigerung Eigentum des Klägers waren und dies dem Beklagten bekannt war. Die Revision bekämpft diese Auffassung. Sie ist aber rechtlich zutreffend. Nach § 55 Abs. 2 erstreckt sich die Versteigerung auf Zubehörstücke, die sich im Besitze des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, auch dann, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, daß dieser sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5, also durch Herbeiführung der Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens hinsichtlich dieser Zubehörstücke geltend gemacht hat. Das ist im vorliegenden Falle nicht geschehen. Sonach hat gemäß § 90 Abs. 2 der Beklagte mit dem Zuschlage auch das Eigentum an den streitigen Gegenständen erworben, falls die in § 55 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen auf sie zutrafen, und zwar auch dann, wenn sie Eigentum des Klägers waren. Das Gesetz hat, im Anschluß an die unter der Geltung des früheren preuß. ZwVerst.-Gesetzes zur Herrschaft gelangte Rechtsprechung, auch das sog. „tatsächliche Zubehör", d. h. diejenigen Gegenstände, welche infolge ihres räumlichen Verhältnisses zum Grundstück und nach der Art ihrer Bestimmung und Benutzung für die Zwecke des Grundstücks Zubehör sind, ohne aber im Eigentum des Grundstückseigentümers zu stehen, und auf die sich deshalb weder die Hypothek (§ 1120 BGB.) noch die Beschlagnahme (§ 20 Abs. 2 ZVG.) erstreckt, den Wirkungen des Zuschlags hinsichtlich des Eigentumsüberganges auf den Ersteher unterworfen und den bisherigen Eigentümer, der sein Recht nicht in der vorgeschriebenen Weise gewahrt hat, auf einen Bereicherungsanspruch an dem Versteigerungserlöse beschränkt. Diese Bestimmung beruht, ebenso wie die Rechtsprechung, an die sie sich angeschlossen hat, auf der Erwägung, daß aus Verkehrsrücksichten den Bietern bei einer Zw.-Versteigerung Ermittelungen über die Eigentumsverhältnisse an dem Zubehör nicht zugemutet werden dürfen, daß sie sich vielmehr auf den äußerlich wahrnehmbaren Zustand müssen verlassen können (RGEntsch. 49, 255). Es kann aber keinen Unterschied machen, ob im einzelnen Fall der Bieter, der Ersteher wird, von dem Eigentum des Dritten Kenntnis hatte oder nicht. Denn auf dem Willen des Erstehers beruht der Eigentumserwerb durch Zuschlag in der Zw.-Versteigerung nicht; er tritt vielmehr kraft Gesetzes in dem Umfange ein, in welchem das Grundstück zum Gegenstande der Versteigerung und des

Zuschlags durch das Vollstr.-Gericht gemacht worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob dem Ersteher ein Erwerbswille in diesem Umfange fehlt oder ob sein Erwerbswille in irgendeiner Richtung fehlerhaft ist. Das ist für das frühere preuß. Recht vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochen worden;

vgl. Entsch. 45, 284 (SeuffA. 55 Nr. 131) und dort angef. Urteile; ferner das Urt. v. 21. Dez. 1901, V. 342/01 in Gruchot 46, 1035.

Für das jetzt geltende Recht ist angesichts der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes, welche einen Unterschied in bezug auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Erstehers nicht macht, um so mehr an dieser Auffassung festzuhalten. Auch derjenige Bieter, der weiß, daß die Zubehörstücke im Eigentum eines Dritten stehen, kann auf Grund der gesetzlichen Bestimmung darauf rechnen, daß sie demungeachtet mitversteigert werden; sein Gebot bezieht sich also auch auf sie und er zahlt das Entgelt für sie in dem Steigpreise mit. Von dieser Auffassung ist, wie die Gesetzesmaterialien ergeben, auch die 2. Kommission ausgegangen;

vgl. Bem. 112 der Komm. des RJAmts für die 2. Lesung. Ebenso Jaeckel-Güthe zu § 55 ZwVG. Bem. 2 a und die dort. Ausführungen. Vgl. auch Entsch. 72, 358.

— — —

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 18. Dez. 1915. P. (Kl.) w. N. (OLG. Breslau). V. 334/15.

---

149. Zuständiges Gericht für die Niederlegung des Schiedsspruchs.

Vgl. 54 Nr. 202.

ZPO. § 1039.

Im schiedsrichterlichen Verfahren ist der Schiedsspruch den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen (§ 1039 ZPO.). Die Einhaltung dieser Vorschriften ist erforderlich zum Zustandekommen eines wirksamen Schiedsspruchs; bevor sie nicht befolgt worden sind, darf das Vollstr.-Urteil zum Schiedsspruch nicht erlassen werden (§ 1042). Zuständig ist das Amtsgericht oder das Landgericht, das in einem schriftlichen Schiedsvertrage als solches bezeichnet ist, und in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung das Amtsgericht oder das Landgericht, das für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde (§ 1045).

Der zwischen den Parteien geschlossene schriftliche Schiedsvertrag enthält die Bezeichnung eines zuständigen Gerichts nicht. Da nun die Parteien in L. ihren Wohnsitz haben und den Streitgegenstand im schiedsgerichtlichen Verfahren ein Anspruch des Klägers auf Zahlung von 6849,53 M bildete, hatte im gegenwärtigen Falle die Niederlegung des Schiedsspruchs auf der Gerichtsschreiberei des Landgerichts L. zu erfolgen. Es ist aber der Schiedsspruch nicht beim Landgericht, sondern beim Amtsgericht L. niedergelegt worden.

Infolgedessen war die erhobene Klage, die die Erlassung des Vollstr.-Urteils zum Gegenstand hatte, unbegründet und hätte abgewiesen werden müssen, wenn sich nicht die Entscheidung in der Hauptsache erledigt hätte. Mit Recht hat daher das Landgericht nach dem Grundsatze des § 91 Abs. 1 ZPO. die Streitkosten dem Kläger auferlegt.

An diesem Ergebnisse vermag der Umstand nichts zu ändern, daß der Kläger im Juni 1915 gleichzeitig mit der Klageschrift die ihm zugestellte, von den Schiedsrichtern unterschriebene Ausfertigung des Schiedsspruchs samt der Urkunde über die an ihn erfolgte Zustellung beim Landgericht eingereicht hat. Denn die Niederlegung des Schiedsspruchs muß durch die Schiedsrichter geschehen oder wenigstens in ihrem Auftrage oder mit ihrer Genehmigung durch eine Mittelsperson vorgenommen werden. Der Kläger behauptet aber selbst nicht, daß er im Auftrag oder mit Genehmigung der Schiedsrichter gehandelt habe, die ja, wie das Schreiben des Schiedsrichters P. erkennen läßt, auf dem Standpunkt stehen, daß sie mit der Niederlegung beim Amtsgericht der Vorschrift des § 1039 ZPO. genügt hätten. Überdies würde es auch an der Niederlegung der Urkunden über die Zustellung des Schiedsspruchs an die Beklagte fehlen. Die sofortige Beschwerde war hiernach mit der Kostenfolge des § 97 ZPO. Abs. 1 zurückzuweisen.

Beschluß des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 13. März 1916. 5 C. Reg. 17/16. Ch.

---

150. Hat der einzelne Konkursgläubiger ein Beschwerderecht gegen Anweisungen des Gerichts an den Konkursverwalter über die Schlußverteilung?

Vgl. 61 Nr. 267 m. N.
KO. §§ 73. 161.

In dem Konk.-Verfahren über das Vermögen der Gesellschaft m. b. H. Th. L. & Co. sind die Forderungen ausländischer Gläubiger auf Grund der Verordn. des Bundesrats v. 7. August 1914/21. Januar 1915 von der Prüfung ausgeschlossen worden. Da nunmehr die Beendigung des Verfahrens in Aussicht steht, hat der Konk.-Verwalter beantragt, das Verfahren auszusetzen oder ihn zu ermächtigen, die auf die ausländischen Gläubiger entfallende Dividende zu hinterlegen. Diesen Antrag hat das Amtsgericht abgelehnt, vielmehr den Verwalter angewiesen, die Genehmigung zur Vornahme der Schlußverteilung zu beantragen. Auf sofortige Beschwerde des Verwalters hat das Landgericht am 16. März 1915 beschlossen, den amtsgerichtlichen Beschluß dahin abzuändern, daß der Verwalter zwar die Genehmigung zur Vornahme der Schlußverteilung zu beantragen, aber auch für die Zurückbehaltung und Hinterlegung der auf die Forderungen der ausländischen Gläubiger entfallenden Anteile Sorge zu tragen habe. Dieser Beschluß ist dem

Verwalter am 25. März 1915, den Gläubigern dagegen nicht zugestellt worden. Am 19. April 1915 hat die Konk.-Gläubigerin O. gegen den landgerichtlichen Beschluß weitere sofortige Beschwerde mit dem Antrage erhoben, den angefochtenen Beschluß aufzuheben und den Verwalter anzuweisen, die Schlußverteilung ohne Rücksicht auf die ausländischen Gläubiger vorzunehmen.

Diese Beschwerde ist unzulässig, da die Beschwerdeführerin nicht beschwerdeberechtigt ist. An sich steht allerdings im Konk.-Verfahren ein Beschwerderecht allen durch eine gerichtliche Entscheidung Betroffenen zu. Aber die Konk.-Gläubiger sind durch die vorliegende Entscheidung, die nur eine Anweisung an den Konk.-Verwalter enthält, noch garnicht betroffen. Das zeigt sich schon darin, daß diese Entscheidung, wie auch die des Amtsgerichts, ihnen garnicht zugestellt worden ist, wie überhaupt solche Entscheidungen den Konk.-Gläubigern regelmäßig nicht bekanntgegeben zu werden pflegen. Es würde die ordnungmäßige Abwicklung des Konk.-Verfahrens stören, wenn den Konk.-Gläubigern ohne jede zeitliche Beschränkung ein Anfechtungsrecht gegeben wäre. Das würde auch mit dem Grundsatz im Widerspruch stehen, daß im Konk.-Verfahren nur die sofortige Beschwerde zulässig ist, die an eine bestimmte Frist gebunden ist und daher abgeschlossene Verhältnisse schafft. Betroffen werden die Konk.-Gläubiger erst durch die auf Grund der dem Verwalter erteilten Anweisung vorgenommene Schlußverteilung. Gegen diese können sie ihre Einwendungen im Schlußtermin geltend machen. Dann wird endgültig darüber zu entscheiden sein, ob der in der materiellen Frage vom Amtsgericht oder vom Landgericht eingenommene Standpunkt grundsätzlich zu billigen ist.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 27. April 1915 in der Hamb. Konk.-Sache Th. L. & Co. A—d.

---

151. Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses wegen mangelhafter Überwachung des Konkursverwalters.* Haftung in einem sog. unechten Gesamtschuldverhältnis.**

*Vgl. 44 Nr. 158; 49 Nr. 293. — **Vgl. 19 Nr. 22; 22 Nr. 279.
KO. § 89; BGB. § 421.

Der Kläger forderte als derzeitiger Verwalter im Konkurse zum Vermögen des R. von den drei Beklagten als Gesamtschuldnern 800 ℳ mit Zinsen als teilweisen Ersatz für einen Schaden, den der R.sche Konkurs infolge von Unterschlagungen des früheren Konk.-Verwalters E. erlitten hatte. Er begründete die Schadenersatzpflicht damit, daß die Beklagten als Mitglieder des Gläubigerausschusses im R.schen Konkurse die ihnen nach § 88 KO. obliegende Überwachungspflicht vernachlässigt hätten und der dadurch geschädigten Konk.-Masse nach § 89 KO. verantwortlich seien. Über das Vermögen des E. war ebenfalls das Konk.-Verfahren eröffnet worden;

der Kläger hatte zu diesem Verfahren dieselben Ansprüche angemeldet. — Beide Instanzen haben verurteilt, das Oberlandesgericht mit nachstehender Begründung:

„Aus der beigebrachten Aufstellung ergibt sich, daß der Rechtsanwalt E. als Verwalter im R.schen Konkurse bis zu seiner Flucht am 20. Juli 1913 einen Betrag von 1054,25 ℳ von der R.schen Konk.=Masse unterschlagen hat. Dieser Betrag ermäßigt sich um 100 ℳ, die dem E. für seine Tätigkeit als Konk.=Verwalter zu vergüten sein würden. Es mag ferner zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß sich der Fehlbetrag ferner um 90,65 ℳ mindert, die auf den R.schen Konkurs als Anteil an dem Einlagebestand des Bankbuchs der Depositenkasse entfallen wären, und die dem R.schen Konkurse nur dadurch verloren gegangen seien, daß der derzeitige Konk.=Verwalter die Aussonderung dieses Betrages aus der E.schen Konk.=Masse, zu der dieser Einlagebestand gezogen worden war, nicht geltend gemacht habe. Der Schaden, den die R.sche Konk.=Masse erlitten hat, beträgt hiernach jedenfalls 963,60 ℳ.

Nicht abzuziehen ist dagegen die Dividende, die die R.sche Konk.=Masse auf ihre zum E.schen Konkurse angemeldete Forderung des unterschlagenen Betrages aus diesem Konkurse möglicherweise erhalten wird. Dem R.schen Konkurse gegenüber haften für den erlittenen Schaden die drei Beklagten aus dem Gesichtspunkte des § 89 KO. als Gesamtschuldner für den Fall, daß ihnen Pflichtverletzungen nachgewiesen werden, die für den Schaden ursächlich sind, und neben ihnen der Rechtsanwalt E. und dessen konkursmäßiges Vermögen aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung (§ 246 StGB.; § 823 BGB.). Die Verpflichtung der drei Beklagten einerseits und des Rechtsanwalts E. anderseits beruhen hiernach zwar auf zwei ganz unabhängig voneinander entstandenen Schuldverhältnissen, sie haben aber denselben Leistungsinhalt. Es liegt sonach im Verhältnis der beiden zur Entschädigung des R.schen Konkurses verpflichteten Gruppen ein sog. unvollkommenes oder unechtes Gesamtschuldverhältnis vor und die §§ 421 BGB. ff. sind hierauf insoweit anzuwenden, als sie nicht auf der hier fehlenden Rechtsgemeinschaft zwischen den schuldigen Gruppen beruhen;

vgl. Staudinger Vorbem. vor § 420 BGB. unter Nr. 7 und die dort angezogenen Schriftsteller; Crome B.R. 2, 376; Oertmann Schuldverh. Vorbem. 5 c zu 420 ff. BGB.; Komment. v. RGRäten § 421.

Der Kläger ist hiernach nicht gehindert, neben der klageweisen Inanspruchnahme der drei Beklagten gleichzeitig seinen Schädenanspruch im E.schen Konkurse geltend zu machen, und die Beklagten können nicht verlangen, daß von der sie möglicherweise treffenden Zahlungsverpflichtung derjenige Betrag in Abzug gebracht werde, der etwa als Dividende im Konkurse des mitverpflichteten E. zu erwarten ist. Denn nach § 421 Satz 2 BGB. bleiben bis zur Bewirkung der ganzen Leistung sämtliche Schuldner verpflichtet und nach

§§ 422 ff. BGB. wirken nur die Erfüllung oder gewisse Erfüllungssurrogate ganz oder teilweise zerstörend auf das bestehende Schuldverhältnis. Ob sie nach Befriedigung des Klägers die Abtretung jener Ansprüche an den E.schen Konkurs fordern oder ob diese Ansprüche kraft Gesetzes auf sie übergehen, braucht hier nicht erörtert zu werden.

Die Beklagten haben der ihnen nach § 88 KO. als Mitgliedern des Gläubigerausschusses obliegenden Pflicht nicht genügt und namentlich gegen die Vorschrift in § 88 Abs. 2 verstoßen, wonach die Kasse des Konk.-Verwalters mindestens einmal im Monat durch eines ihrer Mitglieder zu untersuchen ist. Solche Pflichtverletzung ergibt sich aus der eigenen Sachdarstellung der Beklagten. — — — Diese Pflichtwidrigkeiten des Gläubigerausschusses sind ursächlich für die Unterschlagungen des Verwalters und damit für den dem R.schen Konkurs erwachsenen Schaden. Hierfür haben die Beklagten nach § 89 KO. als Gesamtschuldner aufzukommen, da alle drei für dieselben Pflichtwidrigkeiten verantwortlich sind, der Schaden aber nur einmal zu ersetzen ist (§§ 421 ff. BGB.).

Bei Ordnungsvorschriften, die wie die Vorschrift in § 88 KO. dazu dienen sollen, der Schadenszufügung durch einen Dritten vorzubeugen, ist bis auf weiteres davon auszugehen, daß deren peinliche Befolgung auch den vom Gesetzgeber im Auge gehabten Erfolg der Verhütung des Schadens haben werde. Sache der zur Befolgung dieser Vorschriften Verpflichteten ist es, darzutun, daß der Schaden auch bei gehöriger Befolgung eingetreten sein würde, wenn sie diesen Vorschriften nicht genügt haben. Mit der ganz allgemeinen Behauptung, daß die Unterschlagungen des Anwalts auch bei gehöriger Kassenprüfung und Überwachung nicht zu verhüten gewesen wären, können die Beklagten ihre Verantwortlichkeit nicht ablehnen. Es ist im Gegenteil mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß der junge Anwalt, wenn ihm von Anfang an streng auf die Finger gesehen und seine Kassenführung überwacht worden wäre, sich an den Geldern dieses Konkurses überhaupt nicht vergriffen, jedenfalls aber einen etwa schon eingetretenen Schaden gedeckt haben würde, als es noch Zeit war. Bei einer solchen Aufsicht mußte er ja mit einer Aufdeckung seiner ungetreuen Handlungsweise und der Vernichtung seiner sozialen Stellung jeden Augenblick rechnen. Deshalb ist die Annahme berechtigt, daß es zu den Verfehlungen überhaupt nicht gekommen wäre, da ihm alsdann rechtzeitig das Gewissen geschärft und zum Bewußtsein gebracht worden wäre, welchen Gefahren er sich durch den Eingriff in das ihm anvertraute Gut aussetzte.

Auch mit ihrem weiteren Einwande, daß die Person und die angesehene Stellung E.s in seinem Bezirk, der geringe Umfang des Konkurses und die kleine Vermögensmasse die strenge Beobachtung der Bestimmungen des § 88 KO. nicht gefordert hätten, sind die Beklagten nicht zu hören. Die Überwachungspflicht des § 88 ist unabhängig von solchen Verhältnissen den

Mitgliedern des Gläubigerausschusses ganz allgemein zur Pflicht gemacht. Es mag sein, daß die Beklagten wegen der angesehenen sozialen Stellung E.s aus einer nicht angebrachten und einem gewissenhaften Konk.-Verwalter sicher nicht einmal angenehmen Rücksicht die Befolgung der Vorschriften in § 88 außer acht gelassen haben. Das mag ihr Verhalten in milderem Lichte erscheinen lassen, der Verantwortlichkeit können sie sich damit nicht entziehen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 9. Juli 1914 i. S. R. Konk. w. G. u. Gen. 1 O. 96/14. F—ch.

152. Die Beschwerde in der freiwill. Gerichtsbarkeit setzt eine Verfügung voraus.

FGG. § 19.

In dem angefochtenen Beschlusse des Landgerichts wird dargelegt, daß die Eröffnung des Vorsitzenden der Vormundschaftsbehörde an den Beschwerdeführer v. 30. März/1. April 1915 eine mit der Beschwerde des § 19 FGG. anfechtbare Verfügung nicht zu erblicken sei. Darin ist der Vorinstanz zuzustimmen. Ihre Begründung enthält keinen Rechtsirrtum. Die Mitteilung, die Vormundschaftsbehörde sei „zu der Ansicht gekommen", daß Frau B. zur Erziehung des Knaben G. ungeeignet sei, und ebenso die ausgesprochene „Erwartung" einer Äußerung über anderweitige Unterbringung des Knaben sind Meinungsäußerungen der Behörde gegenüber einem väterlichen Vormunde, gegen die es eine Beschwerde nicht gibt.

Der 2. und 3. Absatz der Eröffnung könnte eher einem Zweifel Raum geben, da in ersterem der Vater „aufgefordert" wird, den Sohn aus der Beeinflussung der Frau B. zu entfernen und ihn anderswo unterzubringen, und im folgenden Absatz angekündigt wird, die Vormundschaftsbehörde werde weiteres Belassen des Sohns unter jener Aufsicht als Mißbrauch des Sorgerechts ansehen und infolgedessen gezwungen sein, ein Verfahren zur Entziehung der Fürsorge einzuleiten. Die Aufforderung, gewisse erziehliche Maßnahmen zu ergreifen, sei es nun z. B. größere Strenge anzuwenden, bessere persönliche Aufsicht zu führen, oder — wie hier — den Einfluß gewisser Personen auszuschalten und statt dessen den andrer zu setzen, liegt aber nur im Rahmen der obervormundschaftlichen Fürsorge für das Kind und der Unterstützung des väterlichen Vormundes in der Richtung einer gedeihlichen Erziehung, ohne daß eine solche Aufforderung schon als eine in die väterliche Gewalt des Vaters eingreifende Anordnung aufgefaßt werden kann. Nur eine solche kann aber das Recht zu einer Beschwerde an die höhere Instanz geben. Auch die Hinzufügung, daß, wenn der Vater jene Aufforderung unbeachtet lasse, man darin einen Mißbrauch seines Sorgerechts erblicken werde und folgeweise ein Sorgeentziehungs-Verfahren einleiten müsse, ändert daran

nichts. Denn so gewiß auch diese in Aussicht gestellten Schritte auf die Entschlüsse des Vaters einzuwirken bestimmt waren, so enthalten doch auch sie nur Mitteilungen über beabsichtigte künftige Maßnahmen, aber keine mittels Beschwerde angreifbare Anordnung oder „Verfügung".

Die in Schlegelbergers Kommentar zusammengestellte Rechtsprechung steht dem nicht entgegen, da stets davon ausgegangen wird, daß mit der Beschwerde nur eine klar umschriebene behördliche Anordnung, deren Nichtbefolgung den angewiesenen Rechtsnachteil für ihn herbeizuführen geeignet scheint, angegriffen werden kann. Insbesondere gibt auch der im ZBl-FG. 6 Nr. 26 abgedruckte Beschluß des OLG. Dresden v. 16. Juni 1903 keinen Anlaß, diesen Fall dem Reichsgericht vorzulegen. Denn dort handelte es sich um eine Zwischenverfügung des Vormundschaftsrichters während des Prozesses um Herausgabe eines Kindes, welche im Interesse des Kindes die Fortsetzung des bisherigen Zustandes anordnete. Die Behörde übte also Zwang in einer bestimmten Richtung aus, sorgte ihrerseits dafür, daß das Kind bei einer bestimmten Person verbleibe. Im vorliegenden Fall dagegen hat sie nur dem Vater in eindringlicher Weise den Rat erteilt, falls er der Einleitung eines Sorgeentziehungs-Verfahrens entgehen wolle, den Einfluß einer bestimmten Persönlichkeit auf seinen Sohn auszuschalten. Eine mit der Beschwerde angreifbare Verfügung ist das noch nicht.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 17. Dez. 1915 in der Vorm. Sache G. F. 58/15. Nö.

I. Bürgerliches Recht.

153. Richterliche Prüfung der Verfassungmäßigkeit eines Reichsgesetzes.

(Vgl. 11 Nr. 1; 38 Nr. 199; 45 Nr. 159.)
Reichsverf. Art. 2. 4[2]. 5. 17. 78.

Der Kläger hatte ein ihm gehöriges Grundstück in Bremen, das er am 27. Oktober 1911 erworben hatte, nach dem 30. Juni 1913 wieder veräußert. Hierfür hatte er auf Erfordern der Steuerbehörde am 12. Mai 1914 5667,96 ℳ Zuwachssteuer entrichtet. Der Steuerbescheid gründete sich auf das Reichszuwachssteuergesetz v. 14. Febr. 1911 in der Fassung vom 3. Juli 1913, ließ also den Reichsanteil von 50% außer Betracht. Im September 1914 klagte Kläger gegen den Bremischen Staat auf Rückzahlung der 5667,96 ℳ nebst Zinsen, indem er geltend machte, daß das Gesetz in seiner gegenwärtigen Fassung mit Art. 4 Nr. 2 der Reichsverfassung in Widerspruch stehe. — Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach § 58 RZuwStG. v. 14. Febr. 1911 sollte das Reich vom Ertrage der Zuwachssteuer 50% erhalten. Die übrigen 50% waren so verteilt, daß 10% den Bundesstaaten als Entschädigung für die Verwaltung und Erhebung der Steuer und 40% den Gemeinden, in deren Bereich sich das Grundstück befindet, zufließen sollten. Diese Bestimmung ist durch § 1 des Reichsges. über Änderungen im Finanzwesen v. 3. Juli 1913 dahin abgeändert worden, daß für die nach dem 30. Juni 1913 eintretenden Fälle der Steuerpflicht die Erhebung des Reichsanteils fortfallen soll. Der Kläger steht auf dem Standpunkte, daß das RZuwStGesetz nunmehr ungültig sei, weil es gegen Art. 4 Nr. 2 der Reichsverfassung verstoße. Verfassungmäßig unterlägen der Zuständigkeit des Reichs nur die für die Zwecke des Reichs zu verwendenden Steuern, die Zuwachssteuer solle jetzt aber nur noch für die Zwecke der Bundesstaaten und der Gemeinden erhoben werden.

Der Ver.-Richter ist der Meinung, daß das RZuwStGesetz in seiner gegenwärtigen Fassung nicht verfassungwidrig sei. Es sei darin nur ausgesprochen, daß das Reich bis auf weiteres, nämlich für die Dauer des Bestehens der Novelle, seinen Steueranteil nicht erheben wolle; damit habe sich aber der Charakter der den Bundesstaaten und Gemeinden zufließenden Anteile

nicht geändert. Wolle man jedoch annehmen, daß das Gesetz jetzt mit der Verfassung nicht mehr im Einklang stehe, so liege in der Änderung des Gesetzes zugleich eine Änderung der Verfassung, und zwar eine rechtsgültige Änderung. Eine vorherige Änderung des Art. 4 Nr. 2 sei nicht erforderlich gewesen.

Die Revision rügt Verletzung der Art. 4 und 78 RVerf. Es wird ausgeführt, die Novelle bestehe jetzt noch zu Recht, und solange sie bestehe, handle es sich bei der Zuwachssteuer nicht um eine für die Zwecke des Reichs zu verwendende Steuer. Für das Zustandekommen einer rechtswirksamen Abänderung des Art. 4 Nr. 2 RVerf. fehle es an jedem Anhalt. Der Vertreter des Beklagten hat dagegen ausgeführt, daß, wenn überhaupt eine Verfassungsverletzung vorliege, diese nur im Gesetze vom 3. Juli 1913 zu finden sei; dann erstrecke sich die Ungültigkeit aber nur auf dieses Gesetz, nicht auch auf das Gesetz vom 14. Februar 1911.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gesetz v. 3. Juli 1913 oder auch schon das Gesetz v. 14. Febr. 1911 gegen Art. 4 Nr. 2 RVerf. verstoße, denn selbst wenn das der Fall sein sollte, würde doch die Verbindlichkeit beider Gesetze anerkannt werden müssen. Verfassungsrechtliche Bestimmungen haben, wie sich aus Art. 78 RVerf. ergibt, keine stärkere Kraft als die Bestimmungen irgendeines anderen Reichsgesetzes, sie werden deshalb durch jedes spätere, eine abweichende Vorschrift enthaltende Reichsgesetz ohne weiteres außer Kraft gesetzt (Dambitsch Verfassung des D. Reichs, 682). Maßgebend für die Gerichte wie für jede andre Behörde sind deshalb bei Prüfung der Rechtsverbindlichkeit eines Reichsgesetzes, mag es sich um eine Verfassungsänderung handeln oder nicht, diejenigen Bestimmungen der Verfassung, in welchen die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Reichsgesetzes überhaupt aufgestellt sind, also die Art. 2. 5 und 17. Diesen Bestimmungen ist im vorliegenden Falle genügt. Die Gesetze v. 14. Febr. 1911 und 3. Juli 1913 sind im Reichsgesetzblatt verkündet (S. 33 und 521). Sie tragen die Unterschrift des Kaisers und die Gegenzeichnung des Reichskanzlers. Die Eingangsworte enthalten die Erklärung, daß Bundesrat und Reichstag zugestimmt haben. Durch seine Gegenzeichnung hat der Reichskanzler die Verantwortlichkeit auch dafür übernommen, daß die Gesetze verfassungmäßig zustandegekommen sind. Damit würde, wenn tatsächlich eine Verfassungsänderung vorliegen sollte, zugleich der formelle Beweis geliefert sein, daß im Bundesrat die nach Art. 78 Abs. 1 erforderliche Mehrheit vorhanden gewesen war (vgl. Laband[5] 4, 46. 48; Dambitsch 62. 64). Die von der Revision angeregten Zweifel, ob sich die Gesetzgebungsfaktoren des Art. 4 Nr. 2 RVerf. überhaupt bewußt gewesen und ob nicht etwa im Bundesrat mehr als 13 Stimmen gegen den Gesetzentwurf abgegeben seien, erscheinen hiernach nicht begründet.

Das Rechtsmittel war deshalb als unbegründet zurückzuweisen."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 11. Jan. 1916. D. (Kl.) w. Brem. Staat (OLG. Hamburg). VII. 217/15.

---

154. Die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten setzt beiderseitigen Verstoß voraus.

Vgl. 64 Nr. 63; 65 Nr. 88 m. N.
BGB. § 138.

Die verklagte Gesellschaft hatte vom Bankier R. Anteile einer mexikanischen Mine gekauft, sich zur Begleichung des Kaufpreises von dem Kläger 50000 ℳ geborgt und die Darlehnsforderung nebst Zinsen hypothekarisch auf ihren Grundbesitz eintragen lassen. Im Mai 1913 kündigte der Kläger das Darlehn zum 1. Dezember 1913, und er klagte dann dinglich und persönlich auf Zahlung. Die Beklagte machte u. a. geltend, daß R. beim Verkauf der Anteile auf gemeinschaftliche Rechnung mit dem Kläger gehandelt habe und daß die Anteile zur Zeit des Kaufs, worüber sie von R. auf Veranlassung des Klägers getäuscht sei, ganz wertlos gewesen seien. Nicht nur der in solcher Weise zustande gebrachte Kaufvertrag, sondern auch das Darlehnsgeschäft und die Hypothekbestellung seien unsittlich und nach § 138 BGB. nichtig. — Das Landgericht verurteilte die Beklagte, ihre Berufung wurde zurückgewiesen. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die Annahme des Ber.-Gerichts, daß das von der Beklagten behauptete arglistige Zusammenwirken des Klägers und R.s bei dem Kauf- und dem Darlehnsgeschäft von 1912 diese Geschäfte und insbesondere den Darlehnsvertrag nicht gemäß dem § 138 BGB. nichtig mache, ist nicht zu beanstanden. Ein Rechtsgeschäft verstößt im Sinne dieses Paragraphen nur dann gegen die guten Sitten, wenn es an sich, nach seinem sich aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakter einen solchen Verstoß ergibt (RGEntsch. 56, 231; 63, 350; 68, 98/9, in SeuffA. 64 Nr. 63), und bei einem Vertrage, also einem zweiseitigen Rechtsgeschäft kommt nur ein beiden Vertragsteilen gemeinsamer Beweggrund und ein von beiden Vertragsteilen verfolgter Zweck in Betracht (RG.-Entsch. 78, 353; Warneyer Rspr. 1910 Nr. 49). Nicht wird daher die Nichtigkeit eines Vertrages auf Grund des § 138 schon damit begründet, daß der eine Vertragsteil mit seinem Verhalten beim Vertragschluß gegen die guten Sitten verstoßen, daß er den andern Vertragsteil insbesondere durch ein solches Verhalten zum Vertragschluß bestimmt hat (RGEntsch. 72, 217/8, bei Gruchot 53, 907). Mehr aber ist jenem von der Beklagten behaupteten Zusammenwirken des Klägers mit R. nicht zu entnehmen, und wenn danach R. die Beklagte auf Anstiftung des Klägers durch arglistige Täuschung über den Wert der Anteile der fraglichen Mine zum Abschluß des Kaufs, aus dessen Veranlassung das Darlehn aufgenommen ist, bestimmt hat, so würde daraus zunächst nichts weiter folgen, als daß die Beklagte den Kauf anfechten konnte (§ 123 Abs. 1 BGB.). — — — Aus der begründeten Anfechtung des Kaufs

würde nur dessen Nichtigkeit und hieraus weiter vielleicht die Verpflichtung des Klägers folgen, das, was ihm auf Grund des angeblich mit für seine Rechnung abgeschlossenen Kaufvertrages zugeflossen ist, weil ohne Rechtsgrund auf Kosten der Beklagten erlangt, herauszugeben, aber eine solche Forderung hat die Beklagte nicht geltend gemacht, namentlich nicht gegen die Klageforderung zur Aufrechnung gestellt. Eine Nichtigkeit des Darlehnsgeschäfts läßt sich aus der durch die Anfechtung begründeten Nichtigkeit des Kaufs nicht herleiten. Die Annahme, daß das Darlehn ein Bestandteil des Kaufvertrages sei, oder daß beide Geschäfte Bestandteile eines sie umfassenden einheitlichen Rechtsgeschäfts seien, wird durch das behauptete arglistige Zusammenwirken des Klägers mit R. und durch die behauptete Beteiligung des Klägers am Kauf nicht begründet. — — —

Dagegen legt der behauptete und hier als richtig zu unterstellende Sachverhalt die Anwendung des § 826 BGB. nahe. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 10. Nov. 1915. S. (Bkl.) w. C. (OLG. Hamm). V. 240/15.

---

155. Das bloße Nichteintreten einer Voraussetzung beeinflußt den Bestand des Vertrages nicht.

Vgl. 61 Nr. 133 m. N.; 63 Nr. [illegible]

BGB. §§ 158. 812.

Am 26. Januar 1912 hatte der Kläger mit dem verstorbenen Ehemann und Erblasser der Beklagten einen Lieferungsvertrag auf 10000 Stück Zinkgußmodelle vom Völkerschlachtdenkmal zum Preise von 58 ₰ für das Stück abgeschlossen. Es waren nur 1024 Stück abgenommen worden, die Abnahme des Restes hatte der Mann der Beklagten trotz Fristsetzung und Androhung nach § 326 BGB. verweigert. Der Kläger forderte nunmehr von der Beklagten Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Betrage von 1436,16 ℳ nebst Prozeßzinsen, indem er geltend machte, daß er an jedem nichtabgenommenen Stück einen Reingewinn von 16 ₰ gehabt haben würde. — Die Beklagte bestritt die Schadenersatzpflicht mit folgender Begründung: Die zu liefernden Modelle hätten als Träger von Tischfeuerzeugen in der Weise Verwendung finden sollen, daß ein in einer Öffnung an der Spitze des Modells verwahrter Zündstift an einer am Modell angebrachten Reibfläche angezündet wurde; der Kläger habe genau von dieser Zweckbestimmung gewußt, und nur unter der ausdrücklichen Bedingung, daß die Modelle diese Verwendung finden könnten, sei der Vertrag geschlossen worden. Feuerzeuge der geplanten Art seien nun, wie ihr Mann erst im Januar 1914 erfahren habe, Gegenstand des Deutschen Gebrauchsmusters Nr. 394338, das vom 24. August 1909 ab laufe und 1912 verlängert worden sei; der Verkauf der mit dem Feuerzeug versehenen Modelle würde also das Gebrauchsmuster verletzen und Schaden-

ersatz- und Straffolgen nach sich ziehen. Da eine anderweitige Verwendung der Modelle nicht in Betracht komme, sei die Erfüllung des Vertrages mit Recht abgelehnt worden. — Dieser Einwand wurde in beiden Instanzen verworfen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach der Aussage des Zeugen W. ist bei den Vertragsverhandlungen davon gesprochen worden, zu welchem Zweck die vom Kläger zu liefernden Modelle verwendet werden sollten und wie sie die Käuferin zur Erreichung dieses Zweckes gestalten wollte. Daß die Modelle diesem Zweck zu dienen ungeeignet seien, behauptet die Beklagte selbst nicht. Es kann danach weder auf Grund des Abs. 1 noch auf Grund des Abs. 2 von § 459 BGB. davon die Rede sein, daß die Modelle mit Fehlern behaftet wären oder der zugesicherten Eigenschaften entbehrten. Was die Beklagte einwendet, läuft darauf hinaus, daß der Vertrag mit dem Kläger, wie diesem erkennbar gewesen sei, trotz vertragmäßiger Lieferung der Modelle nicht geschlossen worden wäre, wenn das der gewerbmäßigen Herstellung und dem Vertriebe der Feuerzeuge entgegenstehende Verbietungsrecht bekannt gewesen wäre, und daß aus diesem Grunde der Vertrag keinen Bestand haben könne. Die Beklagte stützt sich damit auf den Nichteintritt einer Voraussetzung im Sinne der Windscheidschen Lehre (Windscheid-Kipp Pand.[9] 1, 507 ff. zu §§ 97 ff.; auch ROHGEntsch. 19, 50ff.). Diese Lehre ist aber vom Bürgerl. Gesetzbuch bewußt aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs abgelehnt worden (vgl. Mot. 2, 842 zu § 742 Entw.; sowie Prot. d. 2. Lesung 2, 690). Danach kann die bloße Annahme von Tatsachen, mögen auch beide Teile von ihrem Vorhandensein ausgegangen sein, im Fall des tatsächlichen Nichtbestehens für sich allein nicht von Bedeutung für den Bestand eines Geschäfts sein. Vielmehr muß hinzukommen, daß der geeinte Wille der Parteien, der rechtsgeschäftliche Wille, das Rechtsverhältnis in irgendwelcher Art, insbesondere in Gestalt einer Bedingung, in Abhängigkeit von ihnen gesetzt hat; vgl. RGEntsch. 62, S. 267 (SeuffA. 61 Nr. 133); 66, 132ff..

Dieser Auffassung steht die von der Beklagten für ihre Meinung in Anspruch genommene Entscheidung in RGEntsch. 69, 429 nicht entgegen. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall kam in Frage, ob nicht das Bestehen des dem dritten Patentinhaber zustehenden Untersagungsrechts als ein dem Kaufgegenstande, dem verkauften Erwerbsgeschäft, selbst anhaftender Fehler anzusehen sei, durch den i. S. von § 459 Abs. 1 BGB. der Wert und die Tauglichkeit des Geschäfts zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert wurde. Daß in solchem Fall eine Gewährleistungspflicht gegeben sein kann, leuchtet ein. Hier dagegen ist die Kaufsache als solche auch nach dem Vorbringen der Beklagten mangelfrei. Die Nichterreichbarkeit des mit dem Vertrage verfolgten, durch das bestehende Gebrauchsmuster vereitelten Zweckes hängt mit der Beschaffenheit der Kaufsache, wie diese nach dem geschlossenen Vertrage zu liefern war, in keiner

Weise zusammen. Sie betrifft vielmehr einen außerhalb der Vertragserfüllung liegenden Umstand. Ein solcher kann unter dem rechtlichen Gesichtspunkte der Gewährleistung keine Bedeutung haben.

Davon, daß die Verwendbarkeit der Modelle zu Feuerzeugen der geplanten Art ausdrücklich oder stillschweigend als Bedingung des Vertrags gesetzt worden sei, kann nach der Aussage des Zeugen W. keine Rede sein. Auch der Mann der Beklagten hat an die Möglichkeit, daß sich der Verwendbarkeit Hindernisse entgegenstellen könnten, garnicht gedacht und hat deshalb die Setzung einer Bedingung garnicht in Betracht gezogen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (9. Sen.) v. 20. April 1915. Fr. w. H. 9 O. 21/15. F—ch.

156. Verkauf im Auslande befindlicher Ware; wer haftet für ein Ausfuhrverbot? Auslegung.

Vgl. 48 Nr. 197; 69 Nr. 193 m. N.
BGB. 323. 157.

Der Kläger hatte von der Beklagten 18 Kisten amerikanischen gesalzenen Speck gekauft. In der Schlußnote hieß es: „Die Ware ist nach Anzeige von Schweden nach Hamburg oder Altona abgesandt", und „glückliche Ankunft vorbehalten". Die Beklagte lieferte nicht, weil die Ausfuhr der bei Vertragschluß bereits von Stockholm auf dem Wege über Malmö nach Hamburg abgesandten Ware durch ein inzwischen erfolgtes Verbot der schwedischen Regierung untersagt wurde. Der Anspruch des Klägers auf Schadenersatz wurde in beiden Instanzen für begründet erklärt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Unbestritten ist die von der Beklagten dem Kläger verkaufte Ware durch ein Ausfuhrverbot der schwedischen Regierung in Schweden zurückgehalten worden, so daß die Beklagte zur Lieferung außerstande ist. Es steht gleichfalls fest, daß die Ware zur Zeit des Vertragschlusses bereits von Stockholm nach Malmö auf den Weg gebracht worden war, um von da nach Hamburg weitergesandt zu werden. Es fragt sich deshalb, ob unter diesen Umständen der Kläger oder die Beklagte die Gefahr des Erlasses eines solchen Ausfuhrverbotes zu tragen habe. An sich wird der Verkäufer durch ein Ausfuhrverbot von der Lieferung der Ware befreit, da die Lieferung durch einen von ihm nicht verschuldeten Umstand unmöglich geworden ist. Der Kläger hat mithin als Käufer darzutun, daß in diesem Fall abweichend von der Regel die Beklagte als Verkäuferin diese Gefahr beim Vertragschlusse übernommen habe. Diese Darlegung ist aber, wie mit dem Landgericht anzunehmen ist, dem Kläger gelungen.

Die Beklagte hat in der Schlußnote erklärt, daß die Ware ‚nach Anzeige von Schweden nach Hamburg oder Altona abgesandt sei'. Darunter ist zu verstehen, daß die Ware den schwedischen Hoheitsbereich bereits verlassen habe,

so daß ein Ausfuhrverbot Schwedens die Lieferung nicht mehr verhindern könne. Diese Auslegung ist um so mehr anzunehmen, als seit dem Beginn des Krieges, also auch zur Zeit des Vertragschlusses, die Frage des Erlasses von Ausfuhrverboten seitens der neutralen Staaten für den Handel eine besonders große Bedeutung hat und daher beim Abschluß derartiger Lieferungsverträge mit in Berechnung gezogen zu werden pflegt. Die Beklagte hat nun in dieser Instanz behauptet und unter Beweis durch das Zeugnis des den Abschluß vermittelnden Maklers gestellt, die Klausel habe die Bedeutung gehabt, daß die Ware nach einer von Schweden eingegangenen Anzeige bereits nach Hamburg abgesandt worden sei, so daß nicht gesagt sei, daß die Ware schon von Schweden abgegangen sei. Es mag sein, daß der Makler den Sinn der Klausel so aufgefaßt hat, hierauf kann es jedoch nicht ankommen. Kläger durfte die Erklärung so verstehen, wie sie sich ohne nähere Erläuterung im verkehrsüblichen Sinne darstellt. Daß aber nach den allgemeinen Anschauungen im Handel und Verkehr eine solche Klausel so auszulegen ist, wie hier geschehen, daß nämlich die Ware bereits von Schweden nach Hamburg abgesandt worden sei, dafür sprechen nicht nur die gebrauchte Ausdrucksweise und der Umstand, daß die Beklagte ihre jetzige Auslegung in 1. Instanz garnicht vorgebracht hat, sondern auch, daß das kaufmännisch besetzte 1. Gericht die Klausel ebenso gelesen hat. Demnach hat die Beklagte beim Vertragschlusse dem Kläger erklärt, daß die Ware Schweden bereits verlassen habe, und kann sie ihre Lieferungsverweigerung nicht auf das schwedische Ausfuhrverbot stützen.

Hieran ändert auch der ‚Vorbehalt der glücklichen Ankunft‘ nichts. Diese dem Seehandel eigentümliche Vertragsbestimmung bezog sich offenbar auf den Teil des Weges, der auf dem Wasser zurückzulegen war, jedenfalls enthielt aber die Erklärung, daß die Ware von Schweden abgesandt sei, eine Begrenzung der Klausel ‚glückliche Ankunft vorbehalten‘ auf den nicht schwedischen Teil des Weges.

Demnach ist die Schadenersatzforderung des Klägers begründet. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 25. März 1916. J. (Kl.) w. R. & P. Bf. VI. 439/15. 97/16. Nö.

---

157. Einfluß des Krieges auf Lieferungsverträge?

Vgl. 70 Nr. 209 m. N.; 71 Nr. 107.

BGB. § 323.

Die Klägerin hatte der Beklagten durch Vertrag v. 3. Juli 1914 auf Lieferung, Ankunft vorbehalten, etwa 150 Tonnen Neu-Guinea-Kopra in Säcken, bereits in Sydney eingetroffen und promptmöglichst per Dampfer zu verladen, zum Preise von 49 bzw. 48 ℳ in Hamburg ausgeliefertes Gewicht verkauft. Die Ware war prompt nach Ankunft aus Schiff oder Leichter

oder vom Quai zu empfangen und frei Fahrzeug der Beklagten zu liefern. Die Klägerin hatte die verkaufte Ware, welche im Dampfer „Rheinland" in Sydney eintraf, mit demselben Dampfer weiterbefördert, der Dampfer hatte aber infolge Kriegsausbruchs Padang als Nothafen anlaufen müssen und lag noch mit seiner Ladung dort. Die Beklagte lehnte das Ersuchen der Klägerin, sie wegen Unmöglichkeit der Erfüllung aus dem Vertrage zu entlassen, ab, stellte ihr jedoch frei, Ersatzware zu liefern. Klägerin erhob darauf Klage auf Feststellung, daß der Vertrag aufgehoben und sie nicht zur Lieferung von Ersatzware verpflichtet sei. — Es wurde erkannt, daß der Beklagten keine Rechte mehr aus dem Vertrage v. 3. Juli zuständen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Beklagte irrt, wenn sie den abgeschlossenen Kaufvertrag als Abladegeschäft ansieht. Die Kopra war in Hamburg zu liefern und hier von der Käuferin aus Schiff oder ab Quai zu empfangen. Die Klägerin hatte daher ihre Leistung durch Übergabe der Ware hier zu bewirken und trug bis zu diesem Zeitpunkte die Gefahr des Verlustes und der Verschlechterung. Im übrigen handelt es sich auch nicht um einen Gattungskauf, der durch Lieferung beliebiger Ware erfüllt werden konnte; es war vielmehr eine ganz bestimmte, als bereits in Sydney angelangt bezeichnete Ware verkauft.

Es fragt sich somit, ob die Klägerin an der Erfüllung des Vertrages in Hamburg durch Unmöglichkeit im Rechtssinn verhindert worden ist. Wenn die Beklagte zunächst darauf hinweist, daß die Klägerin ihre Leistung schon teilweise bewirkt habe, so kann ihr darin nicht beigepflichtet werden. Teilweise wäre erfüllt worden, wenn ein Teil der verkauften Partie in Hamburg angedient wäre. Tatsächlich ist nur mit der Erfüllung durch Beförderung der Kopra bis Padang begonnen worden. Der Beginn der Erfüllung ist aber mit der Teilerfüllung jedenfalls dann nicht gleichbedeutend, wenn der wesentliche Inhalt der Erfüllung mit ihrem Beginne nicht beschafft wird.

Im übrigen ist den Ausführungen des Landgerichts beizutreten. Die Erfüllung ist der Klägerin unmöglich geworden, weil ihre Leistung, wenn man sie am Vertrage festhielte, dem Sinne und der Absicht des Vertrages völlig zuwiderlaufen würde, weil insbesondere der Leistungsinhalt eine erhebliche Änderung erlitte. Die Ware sollte ‚promptmöglichst' von Sydney weiterverschifft und nach Hamburg befördert werden. Es war also mit einer gewissen Beförderungszeit gerechnet worden. Wenn die Beklagte ausführt, daß es sich dabei um einen Umstand handle, der nur zugunsten des Käufers habe wirken sollen und deshalb vom Verkäufer nicht geltend gemacht werden könne, so ist das eine einseitige und daher nicht zu billigende Auffassung. Sie übersieht, daß hier, wo die Klägerin in Hamburg zu erfüllen hatte, die Beförderungszeit auch für die Klägerin von erheblichster Bedeutung war. Je länger die Reise dauerte, desto mehr vergrößerte sich die von ihr zu tragende Gefahr des Verlustes und der Verschlechterung der Ware. Es ist klar, daß

die Kopra bei langer Reisedauer und Lagerung eintrocknet und an Gewicht verliert. Wäre dieser Umstand nicht schon aus Erfahrung dem Gerichte bekannt, so würde er daraus erhellen, daß der Kaufpreis nach dem Vertrage nach in Hamburg ausgeliefertem Gewichte zu bezahlen war. Bei der unerwartet langen Kriegsdauer und angesichts der Tatsache, daß auch heute das Ende desselben garnicht abzusehen ist, würde also die Klägerin, wenn sie an den Vertrag gebunden bliebe, ein derartiges Maß der Erhöhung ihres Risikos und ihrer Aufwendungen (Versicherungsgelder!) auf sich zu nehmen haben, daß der Inhalt ihrer Leistung nicht im entferntesten mehr dem durch den Vertrag übernommenen entspräche. Ein solches Übermaß von Leistung darf aber dem Verpflichteten nicht zugemutet werden, und in diesem Sinne ist anzuerkennen, daß ihre ursprünglich ausbedungene Leistung rechtlich unmöglich geworden ist.

Die Berufung der Beklagten war daher im wesentlichen zurückzuweisen. Aber auch hinsichtlich des Umfanges der Feststellung war dem Landgericht zu folgen. Die Beklagte hat bisher niemals Lieferung der Ware in Padang gefordert und fordert sie auch heute noch nicht. Ein Recht, sie später einmal zu fordern, wenn sie in diesem Rechtsstreit endgültig unterliegen sollte, kann ihr nicht zugesprochen werden, weil nach derartigem Zeitablauf auch die Lieferung in Padang als unmöglich im Rechtssinn anzusehen wäre. Dabei mag es unerörtert bleiben, ob überhaupt nach dem Vertrage die Beklagte, die in Hamburg zu empfangen und dementsprechend zu zahlen hat, berechtigt sei, Lieferung an einem ganz andern Ort zu beanspruchen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 26. Febr. 1916. C. W. w. Firma H. Schl. & Co. Bf. VI. 477/15. Nö.

---

158. Lebensversicherung zugunsten eines Dritten; über die Pfändbarkeit des Anspruchs gegenüber dem Versicherungnehmer.

Vgl. 65 Nr. 165 m. N.
BGB. § 331; VersVG. § 166; ZPO. § 829.

Die Auslegungsregel des § 331 Abs. 1 BGB. für Verträge, in denen jemand sein Leben zugunsten eines Dritten versichert, mithin Fürsorge für den Dritten nach seinem Tode trifft, läßt als vermutlichen Willen der Parteien einerseits folgern, daß der Dritte mit dem Tode des Versprechensempfängers unmittelbar das Recht erwerben soll, die ausbedungene Leistung von dem Versprechenden zu verlangen, anderseits, daß er bis zu diesem Zeitpunkt überhaupt kein Recht, auch nicht einmal ein bedingtes Recht haben soll. Die Vertragschließenden können daher bis zum Tode des Versprechensempfängers den Vertrag beliebig ändern. Diesen Auslegungsregeln entsprechen auch im

vorliegenden Rechtsstreit die Bestimmungen der allgemeinen Versicherungsbedingungen für den Versicherungsvertrag zwischen Sebastian M. — dem verstorbenen Ehemann der Beklagten — und der Lebensversicherungsgesellschaft. Darnach waren die Vertragschließenden einig, daß Verfügungen des Versicherten über die Versicherungssumme zugunsten Dritter erst vom Zeitpunkt der Fälligkeit der Versicherung an wirksam sein sollen. Daher verblieb die Forderung aus dem Versicherungsvertrage im Vermögen des Sebastian M. bis zu dessen Tode und war demgemäß auch pfändbar, ohne daß die im Vertrage bezeichnete Beklagte in rechtsgültiger Weise hiergegen widersprechen konnte. Sebastian M. hätte seiner Frau die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage nur dadurch voll und ganz erhalten können, wenn er sie in rechtsverbindlicher Weise an seine Frau übertragen haben würde (§§ 398ff. BGB.);

s. Komm. von RGRäten zu § 331 Bem. 1; RGEntsch. 51, 404 (SeuffA. 58 Nr. 120); 80, 177; SeuffA. 35 Nr. 165.

Eine solche Übertragung ist nicht erfolgt und von der Beklagten auch nicht behauptet. Die von ihr unter Beweis gestellten Versprechungen ihres verstorbenen Mannes, er werde die Police nicht belehnen und in keiner Weise zugunsten eines Dritten verfügen, alle Rechte aus der Versicherung sollten der Frau zustehen, vermögen an der Rechtslage nichts zu ändern, da hierdurch der Beklagten kein Recht auf die Versicherungssumme zu Lebzeiten ihres Mannes eingeräumt wurde, die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage vielmehr nach wie vor dem Ehemanne bis zu seinem Tode verblieben. Der Ausführung des Landgerichts, daß der verstorbene M. auch durch sein Verhalten klar zum Ausdruck gebracht habe, daß die Verfügung über seine Vertragsansprüche ihm jederzeit zustehe, ist beizutreten. Er hat nicht nur der Pfändung und Überweisung seiner Ansprüche aus dem Vertrage nicht widersprochen, sondern auch im Offenbarungseidverfahren den Anspruch auf die Versicherungssumme als Bestandteil seines Vermögens bezeichnet. Demgemäß hat die Beklagte die Ansprüche ihres Mannes aus dem Lebensversicherungsvertrage erst mit dessen Tode und mit der durch die Pfändung begründeten Beschwerung erworben.

Die Pfändung und Überweisung der Ansprüche, die dem verstorbenen M. auf Grund des Versicherungsvertrages zustanden, ist durch den amtsgerichtlichen Beschluß in vollkommen gesetzmäßiger Weise, entsprechend den Bestimmungen in §§ 828. 829. 788. 835. 836 ZPO. erfolgt und rechtlich nicht zu beanstanden. Die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil erscheint sohin unbegründet und war zurückzuweisen.

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 4. März 1916. Gebr. B. (Kl.) w. M. L. 717/15. F—z.

---

159. Die Abtretung zur Einziehung hat dingliche Wirkung, jedoch verbleibt die Forderung sachlich bei dem Abtretenden.

Vgl. 56 Nr. 40 m. N.; 65 Nr. 109; 66 Nr. 92.
BGB. §§ 398. 671. 117 Abs. 2; ZPO. § 771.

Der Beklagte hatte gegen seinen Schuldner S. eine Forderung pfänden lassen, die dem jetzigen Kläger gegen einen gewissen L. zustand, aber vom Kläger an S. zur Einziehung abgetreten worden war. Der Kläger focht mit Erfolg die Pfändung an. — Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Es handelt sich nur um eine Abtretung zur Einziehung. Dem Vorderrichter ist darin beizutreten, daß eine solche Abtretung dem Beklagten als Gläubiger des Inkassozessionars S. nicht das Recht zur Pfändung der fraglichen Forderung gab und daß der Kläger trotz der Abtretung an der Forderung ein die Veräußerung hinderndes Recht hat. Allerdings gilt der Grundsatz, daß die Abtretung einen abstrakten Charakter und dingliche Wirkung hat, an sich auch für die Inkassozession (vgl. BGB. von RGRäten § 398 Anm. 1; Staudinger § 398 Anm. 5 Abs. 1). Dieser Grundsatz ist aber bei der Inkassozession nicht völlig durchgeführt, wird vielmehr durchbrochen durch den Grundsatz, daß die nur zur Einziehung abgetretene Forderung sachlich bei dem Abtretenden bestehen bleibt. Dies zeigt sich u. a. in dem in Lehre wie Rechtsprechung herrschenden Rechtssatz, daß der Inkassozedent diese Abtretung jederzeit einseitig widerrufen kann und hieran beim Fehlen der Einwilligung des Inkassozessionars auch nicht durch die Vorschrift von § 409 Abs. 2 BGB. gehindert wird (vgl. Staudinger BGB. § 398 Anm. 5 Abs. 3; RGEntsch. 53, 416). Demgemäß überträgt zwar die Inkassozession nach außen hin die Forderung auf den Zessionar, aber mit dem Widerrufsrecht des Inkassozedenten beschwert derart, daß die Forderung kein Vermögensstück des Inkassozessionars wird, über welches er — wenn auch nur nach außen hin — verfügen könnte, vielmehr ein Vermögensstück des Zedenten bleibt, an welchem er ein zwar nicht die rein formelle Weiterzession zum bloßen Inkasso, wohl aber die Veräußerung i. S. von ZPO. § 771 hinderndes Recht hat (vgl. auch Staudinger BGB. § 398 Anm. 5 letzten Absatz). — — —"

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (1. Sen.) v. 22. März 1916. Sch. w. H. Bf. I. 258/15. Nö.

---

160. Kündigungsrecht des Mieters aus § 542 BGB.; Erfordernis einer Fristsetzung zur Abhülfe.

Vgl. 60 Nr. 5 m. N.; 62 Nr. 37; 66 Nr. 206.
BGB. § 542.

Der Kläger Sch. hatte dem Beklagten M. eine Werkstätte für die Zeit vom 1. Mai 1908 bis 30. April 1914 vermietet. Der Beklagte hatte den Vertrag zum 1. Okt. 1911 gekündigt und den Mietzins bis dahin bezahlt. Der Kläger klagte weiteren Mietzins ein. Der Beklagte beantragte widerklagend

Feststellung der Zulässigkeit seiner Kündigung, indem er u. a. behauptete, in der Wohnung über der Werkstätte sei gewerbmäßig Unzucht getrieben worden. Die Klage wurde zugesprochen, die Widerklage abgewiesen. Durch Zwischenurteil des Ber.-Gerichts wurde erkannt, daß die Widerklage auf gewerbliche Unzucht nicht gestützt werden könne. Gründe:

„— — — Der angebliche unzüchtige Verkehr in der Wohnung über der Werkstätte kann die Kündigung nicht rechtfertigen, weil eine Frist zur Abhülfe nicht gesetzt worden ist. Davon, daß in der Kündigung, wie der Beklagte meint, eine Fristsetzung liege, kann keine Rede sein, denn die erfolglose Fristsetzung ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes Voraussetzung der Zulässigkeit der Kündigung. Außerdem enthält das Kündigungsschreiben weder die Aufforderung zur Abhülfe, da es den fraglichen Mangel garnicht erwähnt, noch auch die Bestimmung einer Frist. Ein genügender Grund, von der Fristsetzung abzusehen, lag aber nicht vor. Eine solche ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Vertragserfüllung ernstlich verweigert wird; daraus ist ein Verzicht auf das Erfordernis der Fristbestimmung zu entnehmen. Bei Beurteilung der Frage, ob Erfüllungsverweigerung vorliege, ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen; es müssen gewichtige Umstände vorliegen, welche es nach Lage der Sache ausgeschlossen erscheinen lassen, daß Abhülfe geschaffen wird (RGEntsch. 66, 419ff.; Warneyer 1910 Nr. 275). Eine ernstliche Weigerung des Klägers, das unzüchtige Treiben abzustellen, läßt sich jedoch aus den vom Beklagten behaupteten und zu Beweis gestellten Tatsachen nicht entnehmen. Wenn er den Bürgermeister zweimal erfolglos zum Kläger geschickt hat, ‚um ihn zur Einstellung des bordellmäßigen Betriebes zu veranlassen', so braucht daraus nicht gefolgert zu werden, daß der Bürgermeister namens des Beklagten und im Sinn einer Forderung der Vertragserfüllung aufgetreten sei und daß der Kläger solche ernstlich verweigert habe (vgl. RGEntsch. 72, 171). Noch weniger beweiskräftig sind die übrigen zu Beweis gestellten Behauptungen über sehr vertraute Beziehungen des Klägers zur Mieterin der Wohnung. Was zwischen diesen beiden vorgekommen ist, kann nicht als Erfüllungsverweigerung seitens des Klägers gegenüber dem Beklagten betrachtet werden, sondern nur einen Schluß ermöglichen, was er vermutlich getan haben würde, wenn ihm eine Frist zur Abhülfe bestimmt worden wäre. Aus derartigen mehr oder minder unsicheren Schlußfolgerungen kann aber ein Verzicht auf das Erfordernis einer Fristbestimmung nach § 542 BGB. nicht hergeleitet werden. — — —"

Urteil des OLG. zu Colmar (4. Sen.) v. 29. Febr. 1916. Sch. w. M. IV. M 104/14. L—ch.

161. Ist der Spediteur (Möbelfuhrmann) verpflichtet, sich bei Räumung einer Wohnung nach dem Pfandrecht des Vermieters zu erkundigen?

Vgl. 37 Nr. 136; 63 Nr. 134; 69 Nr. 5.
BGB. §§ 561. 932; HGB. § 410.

Die Eheleute K. hatten von dem Kläger eine Etagenwohnung in Miete. In ihrem Auftrage holte die verklagte Firma am 23. Februar 1915 eine Anzahl der eingebrachten Sachen aus der Mietwohnung ab und nahm sie bei sich zu Lager. Die Eheleute K. waren dem Kläger Miete schuldig; Kläger verlangte daher von der Beklagten innerhalb der im § 561 BGB. vorgesehenen Frist die Herausgabe der Sachen. Die Beklagte machte das ihr als Spediteurin zustehende Pfandrecht geltend, sie war nur bereit, die Sachen gegen Ersatz der ihr erwachsenen Kosten herauszugeben. Der Kläger meinte, daß das Pfandrecht der Beklagten seinem Pfandrecht nachstehe, weil sie bezüglich seines Vermieterpfandrechts nicht in gutem Glauben gewesen sei. — Das Landgericht erklärte den Anspruch des Klägers für berechtigt, in 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Aus den Gründen:

„Der auf § 561 Abs. 2 BGB. gestützten Klage gegenüber beruft sich die Beklagte auf ihr Pfandrecht, das ihr als Spediteurin an den streitigen Sachen zustehe. Daß das Pfandrecht der Beklagten dem klägerischen Pfandrecht vorgeht, wenn sie es gutgläubig erworben hat, ist zutreffend und wird auch von keiner Partei mehr in Zweifel gezogen. Geht das Pfandrecht der Beklagten dem klägerischen vor, so ist sie als Pfandgläubigerin auch dem Kläger gegenüber zum Besitze der Sachen berechtigt, braucht also die mit der Klage verlangten Sachen nicht herauszugeben.

Dem Landgericht kann nun nicht darin beigestimmt werden, daß die Beklagte zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts nicht in gutem Glauben gewesen sei. Kläger hat den schlechten Glauben der Beklagten zu beweisen.

Schlechter Glaube setzt Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des fremden Rechts voraus (§ 932 Abs. 2 BGB.). Daß die Beklagte gewußt habe, daß die Eheleute K. noch Miete schuldig waren und daher dem Kläger ein Pfandrecht zustand, behauptet der Kläger nicht. Eine grobe Fahrlässigkeit der Beklagten ist nicht erweislich. Die Beklagte hatte den Auftrag erhalten, die Sachen abzuholen und zu lagern. Sie hatte keinen Grund, sich besonders darüber zu vergewissern, ob nicht etwa ein Pfandrecht des Vermieters an den Sachen bestand. Eine solche Verpflichtung wäre vielleicht anzunehmen, wenn Verdachtsgründe vorhanden waren, die bei der Beklagten die Vermutung erwecken konnten, daß ihre Auftraggeber noch Miete schuldig waren und die Sachen dem Zurückhaltungsrecht entziehen wollten. Solche Anhaltspunkte lagen hier nicht vor. Es handelte sich um die Miete größerer Wohnräume. Die Beklagte konnte daraus entnehmen, daß die Mieter in guten oder doch geordneten Verhältnissen lebten und daß daher

dem Auszuge Rechte des Vermieters nicht entgegenständen. Der Kläger will einen Verdachtsgrund in dem Umstande sehen, daß die Räumung außerhalb der gewöhnlichen Umzugstermine statthatte. Das kommt aber vielfach vor und läßt einen Schluß darauf, daß noch Miete geschuldet wird, überhaupt nicht zu.

Die Meinung des Landgerichts würde dazu führen, daß ein Spediteur oder Möbelfuhrmann in jedem Falle, in dem er einen Auftrag auf Beförderung von Möbeln aus Mietwohnungen erhält, sich über das Pfandrecht des Vermieters unterrichten müßte, ein Verlangen, das dem Geschäftsbetrieb des Spediteurs die größten Schwierigkeiten nach jeder Richtung bereiten müßte und um so weniger gerechtfertigt erscheint, als es nicht Sache des Spediteurs sein kann, für die Erhaltung des Mietepfandrechts zu sorgen.

Die Möglichkeit, daß ein Mieter noch Miete schuldet und daß dem Beklagten diese Möglichkeit bekannt ist, ist natürlich vorhanden. Daß aber die Beklagte deshalb verpflichtet sein sollte, sich nach einem Pfandrecht des Vermieters zu erkundigen und daß in der Unterlassung der Einziehung von Erkundigungen gar eine grobe Fahrlässigkeit liegen sollte, ist unzutreffend. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 20. Januar 1916. M. (Kl.) w. G. Bf. III. 245/15. B.

---

162. Das Pfändungspfandrecht an einer laufenden Mietzinsforderung wird mit der Auflassung des vermieteten Grundstücks an den Mieter gegenstandlos.

Vgl. 59 Nr. 121.
BGB. §§ 573. 1276.

Der Beklagte hatte vom 1. Mai 1914 an das Haus des Konditors A. um jährlich 2000 ℳ, vierteljährlich zu je 500 ℳ vorauszahlbar, gemietet. Der Mietschilling war von der Klägerin gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen. Durch Vertrag v. 23. Febr. 1915 verkaufte A. sein Haus an den Mieter (Beklagten), und zwar gegen Übernahme der darauf lastenden Hypotheken; die Auflassung erfolgte am 6. März 1915. Die Klägerin verlangte vom Beklagten Zahlung von 620 ℳ, weil zugunsten dieses Betrages die Miete für das zur Zeit des Kaufvertrags laufende und für das folgende Kalendervierteljahr gepfändet sei, was Beklagter bestritt. — Das Landgericht sprach der Klägerin lediglich den sich für sie bis zum 6. März 1915 zu berechnenden Teil des Mietschillings mit 41,84 ℳ zu; ihre Berufung wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Entscheidung des Prozesses hängt in erster Linie von der Frage ab, ob durch den Verkauf des Hauses an den Mieter das Pfandrecht der Klägerin an den Mietforderungen des Schuldners A. erloschen ist, wie das Land-

gericht annimmt, oder ob es für das damals laufende und das darauf folgende Kalendervierteljahr gemäß § 573 BGB. als fortbestehend zu gelten hat, wie die Ber.-Klägerin in erster Linie behauptet.

Der Umstand, daß hier Rechte an den Mietzinsen auf Grund eines Pfändungsrechts geltend gemacht werden, würde der Anwendbarkeit des § 573 BGB. an sich nicht entgegenstehen (Komm. von RGRäten Anm. 2 zu § 573). Dagegen hat das Bestehen eines Pfandrechts an einer auf Vertrag beruhenden Mietforderung zur Voraussetzung, daß auf Grund des Vertrags die Forderung besteht. Daß der Mietvertrag hier bestanden hat, ist nicht bestritten; er ist jedoch dadurch erloschen, daß der Mieter Eigentum an der Mietsache erlangt hat (a. a. O. Anm. 1 zu § 564 BGB.). Das Pfandrecht an der Mietforderung könnte daher nur weiterbestehen, wenn dies trotz des Erlöschens des Mietvertrages zugunsten des Berechtigten durch gesetzliche Vorschrift angeordnet wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Insbesondere folgt dies nicht aus § 573 BGB. Diese Bestimmung enthält eine Ausnahme von dem in § 571 aufgestellten Grundsatz, daß der Erwerber vom Eigentumsübergange ab ein selbständiges Recht auf den Mietzins erhält. Der § 571 spricht aber lediglich davon, daß der Vermieter, nachdem das Grundstück an den Mieter überlassen ist, an einen Dritten, der also nicht der Mieter sein kann, veräußert. Er hat das Fortbestehen des Mietvertrages zur Voraussetzung und regelt gerade das Verhältnis zwischen Mieter und Käufer. Daher kann auch unter dem in § 573 erwähnten Eigentumsübergang kein andrer verstanden sein als der in § 571 gemeinte, so daß also schon sprachlich § 573 nicht auf den hier vorliegenden Fall bezogen werden kann. Auch der Zweck dieser Bestimmung gebietet nicht, eine Ausnahme von der oben aufgestellten Regel zu machen. Die Vorschrift ist einesteils im Interesse des Vermieters, andernteils aber hauptsächlich zur Sicherheit des Mieters und Käufers des Grundstücks erlassen. Der Käufer, der in den Mietvertrag einzutreten hat, soll in seinem Recht auf den Mietzins nicht über Gebühr beschränkt werden, und anderseits soll der Vermieter im wirtschaftlichen Interesse zu gewissen Vorausverfügungen über den Mietzins berechtigt und hinwiederum der Mieter hierbei dem an sich zum Bezuge des Mietzinses berechtigten Käufer gegenüber geschützt sein (Prot. 2, 146). Zum Schutze der Gläubiger des Vermieters sind diese Bestimmungen nicht getroffen. Sie haben immer das Fortbestehen des Mietvertrages zur Voraussetzung. Eine Pfändung von Mietforderungen ist aber jederzeit von dem rechtlichen Bestand des Mietvertrags abhängig, sie hindert den Vermieter nicht, über sein Eigentum zu verfügen, und es hat der Gläubiger kein Recht darauf, daß in einem solchen Fall der Mietvertrag fortbestehe und ihm alsdann der Mietzins für das laufende und folgende Kalendervierteljahr gesichert bleibe. Veräußert daher der Vermieter an den Mieter und erlischt hierdurch der Mietvertrag, so findet § 573 BGB. keine Anwendung.

In diesem Sinne haben sich nunmehr auch Rechtsprechung wie Rechtslehre überwiegend ausgesprochen.

Auch das Kammergericht hat seine frühere gegenteilige Ansicht (SeuffA. 59 Nr. 121 u. OLGRspr. 10, 170) nunmehr aufgegeben (OLGRspr. 13, 378). Ebenso Rspr. 17, 20; Recht 1909 Nr. 1858; ZBlfFG. 9, 585; Mittelstein Die Miete[3] 620. 683; Niendorff Mietrecht[10] 317 und die dortigen Anführungen.

Dagegen Staudinger[7, 8], Anm. II. 2 zu § 573 (2, 977) und Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 2 (1906), 134.

Auch aus § 1276 BGB. kann kein Grund gegen die hier vertretene Ansicht abgeleitet werden. Diese Vorschrift enthält den eigentlich selbstverständlichen Satz, daß ein verpfändetes Recht durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden kann. Sie findet auf das Pfändungspfandrecht keine direkte, höchstens entsprechende Anwendung (Komm. von RGRäten Anm. 3 zu § 1257 BGB.). Auf Fälle der vorliegenden Art ist sie aber überhaupt nicht anwendbar; denn ein Rechtsgeschäft über das gepfändete Recht, nämlich die Mietforderung, liegt hier nicht vor, vielmehr handelt es sich hier nur um eine Verfügung über das Eigentum an der Mietsache, durch die der die Grundlage des Pfandrechts bildende Mietvertrag indirekt beseitigt wird. In der Verfügung über die Mietsache aber ist der Vermieter trotz der an der Mietforderung bestehenden Pfändung nicht beschränkt, gepfändet ist vielmehr nur ein auf Grund eines obligatorischen Vertrags bestehendes Recht, auf dessen Fortbestand der Pfandgläubiger keinen Anspruch hat.

Anders würde sich dies alles allerdings verhalten, wenn der Kaufvertrag der Klägerin gegenüber nach §§ 1. 3 Nr. 1 AnfGes. anfechtbar und daher unwirksam wäre; allein die in dieser Beziehung aufgestellten Behauptungen rechtfertigen die Anfechtbarkeit nicht. — — —

Eventuell hat dann die Klägerin noch geltend gemacht, es habe unter allen Umständen wenigstens der am 1. Februar 1915 als vorauszahlbar fällig gewesene Vierteljahrsbetrag des Mietschillings als gepfändet zu gelten; dies kann jedoch nicht anerkannt werden. Der Pfandgläubiger kann keine anderen und insbesondere keine weitergehenden Rechte geltend machen als sie derjenige hat, von dem er sein Recht ableitet. Die Festsetzung der Vorauszahlbarkeit des Mietzinses ändert aber nichts an den Rechten und Pflichten des Vermieters. Sie verpflichtet ihn insbesondere, dem Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache zu gewähren, und der Mietschilling ist das hierfür durch den Mieter zu leistende Entgelt, für dessen Höhe der Zeitpunkt der Fälligkeit keine Rolle spielt. Sowenig daher der Vermieter für diejenige Zeit das Entgelt verlangen kann, für die der Mietvertrag nicht mehr besteht, ebensowenig ist hierzu der Pfändungspfandgläubiger berechtigt. Er müßte den zu viel bezahlten Betrag ebenso wieder herauszahlen wie hierzu der Vermieter verpflichtet wäre. Eine Ausnahme von dieser Regel ist im Gesetze nicht gemacht. — — —"

Urteil des OLG. München (3. Sen.) v. 10. Febr. 1916. H. & V. (Kl.) w. B. L. 612/15. F—z.

163. Allgemeine Einrede der Arglist gegen Ansprüche aus einem nichtigen Bordellkauf.

Vgl. 64 Nr. 192 m. N.; auch 68 Nr. 186 m. N.
BGB. §§ 817. 242.

Die Klägerin hatte am 1. Juli 1911 ihr Haus in E. mit dem darin betriebenen Bordell an die Beklagte vermietet, der zugleich das Recht eingeräumt wurde, das Haus käuflich zu erwerben. Der Kaufpreis wurde auf 26000 M festgesetzt, jedoch sollten hierauf die für die Zwischenzeit gezahlten Mietbeträge voll angerechnet werden. Nachdem am 18. Dez. 1912 wegen Unsittlichkeit und Nichtigkeit des Vertrags die Beklagte zur Räumung verurteilt war, kam es zu einem Vergleich, worin sich die Klägerin verpflichtete, am 3. Januar 1913 gegen Hingabe von 12000 M in Akzepten und Abtretung einer Hypothek von 5000 M das Haus an die Beklagte aufzulassen. Der Kaufvertrag wurde Anfang Juni 1913 notariell abgeschlossen. Zur Auflassung aber kam es nicht, vielmehr beanspruchte die Klägerin die Herausgabe des Grundstücks unter Räumung des Hauses. Die Beklagte verlangte im Wege der Widerklage Auflassung. — Das Landgericht erkannte unter Abweisung der Widerklage nach dem Klagantrage, jedoch mit der Einschränkung, daß die Beklagte das Grundstück Zug um Zug gegen Zahlung von 12000 M herauszugeben habe. Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Der wirkliche Wert des Hauses betrug, wie festgestellt ist, 9000 M, und ein Kaufpreis von 26000 M ist nur mit Rücksicht darauf bewilligt worden, daß in dem Hause bisher ein Bordell betrieben war und auch weiter betrieben werden sollte. Der Kauf war daher, worüber beide Teile einig waren, ein sog. Bordellkauf, und als solcher war er sittenwidrig und nichtig. Dies hat zuletzt auch die Beklagte nicht mehr bestritten, sie hat vielmehr nur noch geltend gemacht, daß die Klägerin mit der, auf die §§ 985. 986 BGB. gestützten, dinglichen Klage die Herausgabe des Hauses nicht beanspruchen könne, wenn sie gleichzeitig die Herausgabe der empfangenen Kaufpreiszahlungen ablehne; das Verlangen der Klägerin sei in hohem Maße unbillig und sittenwidrig. Dieser Ansicht schließt sich das Ber.-Gericht an, und es führt dabei aus: bei sittenwidrigen Geschäften sei nach der Vorschrift in § 817 BGB. die Zurückforderung des Geleisteten ausgeschlossen, und es bestehe auch, da es an einem „Anspruche" (§ 273) fehle, kein Zurückbehaltungsrecht, dagegen sei in der sog. exceptio doli generalis ein Rechtsbehelf gegeben, dessen Wirkung unter Umständen die gleiche sei wie die eines gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts. Diese exceptio sei, wie für das gemeine Recht, so auch für das Bürgerl. Gesetzbuch anerkannt, und sie greife da Platz, wo, wie im vorliegenden Falle, beim uneingeschränkten Durchdringen des Klaganspruchs dem andern Teil in einer wider Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten verstoßenden Weise

vorsätzlich Schaden zugefügt werde. — Diese Ausführungen stehen im allgemeinen mit der Rechtsauffassung im Einklang, die gerade im Hinblick auf die sog. Bordellkäufe bereits in mehrfachen Entscheidungen (58, 356; 71, 435; 86, 192) das Reichsgericht vertreten hat. Insbesondere ist in der Entscheidung Bd. 71, 435 für den dort gegebenen Fall ausgesprochen worden, daß der Kläger zu viel verlange und arglistig und sittenwidrig handle, wenn er Befreiung von seiner Verbindlichkeit begehre und das auf unsittliche Weise Erlangte nicht herausgeben, sondern unentgeltlich behalten wolle.

Der jetzt zur Entscheidung stehende Fall zeigt aber insofern eine Besonderheit, als die Beklagte auf den Kaufpreis zwar erhebliche Zahlungen geleistet, anderseits aber aus dem Bordellgrundstück auch seit dem 1. Juli 1911 die Nutzungen gezogen hat. Die Beklagte will nun zwar das Grundstück herausgeben, wenn ihr die gezahlten Kaufgeldbeträge erstattet werden, aber sie will sich die aus dem Bordellgrundstück gezogenen Nutzungen nicht in vollem Umfange, sondern nur im Umfange des gewöhnlichen Nutzungswerts anrechnen lassen. Diesen Nutzungswert stellt nun das Ber.-Gericht auf 2805,60 *M* mit dem Bemerken fest, daß in diesem Betrage die Klägerin für die Zeit bis zum Urteil eine vollkommen ausreichende Entschädigung erhalte. Dies aber ist nicht entscheidend, vielmehr war, wie die Revision mit Recht geltend macht, die Behauptung erheblich, daß tatsächlich die Beklagte aus dem Hause durch das darin betriebene Gewerbe höhere Nutzungen gezogen habe. Haben die tatsächlich aufgekommenen Nutzungen den Betrag von 2805,60 *M* überstiegen, so würde für diesen Fall das Ber.-Urteil zu dem Ergebnis führen, daß zwar die Klägerin, aber nicht auch die Beklagte das durch das unsittliche Geschäft Erlangte voll herauszugeben hätte. Dies ist aber abzulehnen. Mit der exc. doli generalis kann die Beklagte einer mit der Verfolgung des Klaganspruchs verbundenen sittenwidrigen Schädigung entgegentreten, an einer Schädigung fehlt es aber, wenn und soweit der Beklagten gegenüber den gemachten Leistungen auch Vorteile aus dem unsittlichen Geschäfte zugeflossen sind, mögen immerhin diese Vorteile durch ein sittlich zu beanstandendes Verhalten erlangt sein. Das Ber.-Gericht wird hiernach über die Nutzungen, die die Beklagte aus dem Hause gezogen hat, anderweitige Feststellungen zu treffen haben. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 30. Okt. 1915. Schm. w. M. (OLG. Naumburg). V. 190/15.

---

164. Anspruch auf Unterlassung nachteiliger Behauptungen, auch wenn sie der Gegner fälschlich für wahr hält. Beweislast.

Vgl. 69 Nr. 240 m. N.
BGB. § 824.

Der Kläger betrieb einen Teppichhandel, der Beklagte eine Werkstatt für Raumkunst. Der Beklagte lieferte seinen Kunden Möbel und auch Tep-

piche, letztere hatte er längere Zeit vom Kläger bezogen. Im Geschäft des Beklagten war ein Handlungsgehülfe Str. angestellt. Der Beklagte glaubte erfahren zu haben, daß der Kläger in mehreren Fällen bei Teppichkäufen seitens der Kunden des Beklagten mit Str. zum Nachteil des Beklagten gehandelt und dem Str. unerlaubte Vorteile zugewendet habe. Wie der Kläger behauptete, sollte der Beklagte zu mehreren Personen sich im Jahre 1913 dahin geäußert haben: der Kläger nehme mit dem Str. Schiebungen vor, arbeite mit ihm Hand in Hand und bereichere sich so auf Kosten des Beklagten. Der Kläger klagte auf Grund dieser Äußerungen gegen den Beklagten zuerst auf Unterlassung, dann auch auf Schadenersatz. — Die Klage wurde in den ersten Instanzen abgewiesen, das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Die Urteile beider Vorinstanzen nehmen an, daß das geschäftliche Verhalten des Klägers in der Tat nicht einwandfrei gewesen sei und dem Beklagten einen begründeten Anlaß zu seinen es beanstandenden Äußerungen gegeben habe, und daß deshalb ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Schadenersatz oder auch nur auf Unterlassung fernerer Angriffe nicht gegeben sei.

Das Ber.-Gericht zählt drei Fälle auf, in denen nachgewiesenermaßen der Kläger unter Beteiligung des beim Beklagten angestellten Str., der bei diesem eine Vertrauensstellung genoß, aber doch bloßer Handlungsgehülfe war, Geschäfte gemacht hat. Es hat die Vorgänge dieser drei Geschäfte gegenständlich (objektiv) nur so weit festgestellt und feststellen wollen, als zu der Feststellung des inneren persönlichen (subjektiven) Tatbestandes erforderlich schien, dahin, daß diese „eigenartigen Vorgänge" dem Beklagten, als er davon Kenntnis erhielt, verdächtig erscheinen konnten in dem Sinne, daß der Kläger mit Str. zu eigenem Vorteil und zum Nachteil des Beklagten zusammengehe. Ob und inwieweit dies tatsächlich richtig sei, läßt das Ber.-Gericht bewußterweise dahingestellt, es genüge, daß der Beklagte von ihrer Richtigkeit überzeugt gewesen und in seinen Mitteilungen an andre in den Grenzen der Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB. und § 824 BGB. geblieben sei. Das nimmt das Ber.-Gericht an, weil der Beklagte die Äußerungen, die die Unterlage der Klage bilden, nur Berufsgenossen und hauptsächlich nur den gewählten Vertretern des Berufsstandes gegenüber getan habe. Damit erachtet es dann die Klage für hinfällig.

Mit Recht greift die Revision diese Entscheidung insoweit an, als es sich um den Unterlassungsanspruch des Klägers handelt. Möge der persönliche gute Glaube und die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses den Beklagten von der Schadenersatzpflicht für die Vergangenheit entlasten, so erledige sie doch nicht das Verlangen des Klägers, in Zukunft die Behauptung und Verbreitung der ihm nachgesagten Tatsachen zu unterlassen. Das Ber.-Gericht hätte, macht die Revision geltend, in eine gegenständliche Würdigung

der beanstandeten Geschäfte eintreten müssen, und dem Kläger habe der Nachweis der Unwahrheit der vom Beklagten behaupteten Tatsachen nicht abgeschnitten werden dürfen.

In der Tat treffen die Entscheidungsgründe des Ber.-Urteils nur für den Schadenersatzanspruch zu, über dessen Abweisung der Kläger sich deshalb auch mit der Revision garnicht beschwert; sie genügen aber nicht zur Abweisung des Unterlassungsantrages. Der Schadenersatzanspruch erfordert gegenständliche und persönliche Unwahrhaftigkeit behaupteter beleidigender oder kreditschädigender Tatsachen nach § 823 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 185—187 StGB. und 824 BGB.; der Unterlassungsanspruch im Sinne der Abwehrklage (vorbeugenden Unterlassungsklage) begnügt sich mit der gegenständlichen Unwahrheit, vorausgesetzt, daß die Gefahr besteht, daß die unwahre Behauptung oder Verbreitung wiederholt werde, was vom Kläger geltend gemacht worden ist (vgl. JW. 1915, 29[13]). Unrichtig zwar würde es sein, die Wahrnehmung berechtigter Interessen für den Unterlassungsanspruch schlechthin auszuschalten; ist diese festgestellt, so fehlt es am Tatbestande der unerlaubten Handlung der Beleidigung oder der Kreditgefährdung auch gegenständlich; das Handeln ist nicht rechtswidrig (vgl. RGEntsch. 82, 59, in SeuffA. 69 Nr. 33). Aber ein berechtigtes Interesse daran, eine als falsch erwiesene Behauptung immer wieder zu verbreiten, kann regelmäßig nicht anerkannt werden (JW. 1912, 290[11]. 587[7]). Die tatsächliche Unwahrheit muß allerdings der Kläger, der auf rein gegenständlicher Grundlage den Unterlassungsanspruch durchsetzen will, beweisen, wie auch die Revision nicht verkennt. Er muß also die Rechtlichkeit seines Geschäftsgebahrens in den Geschäften, die dem Beklagten die Unterlage für seine beanstandete Äußerung gegeben haben, dartun und nachweisen, daß zwischen ihm und Str. ein den Beklagten benachteiligendes Einverständnis nicht bestand. Für die Beurteilung der Unterlassungsklage sind aber einmal die Äußerungen des Beklagten gegenüber Dritten über die Geschäfte des Klägers genau festzustellen. Das Ber.-Gericht begnügt sich damit, daß die behaupteten Äußerungen des Beklagten insoweit unbestritten sind, als sie dahin gehen, der Kläger habe mit dem Str. Schiebungen vorgenommen und mit ihm Hand in Hand gearbeitet; es läßt aber dahingestellt und unterstellt nur, daß der Beklagte auch weiter, wie der Kläger behauptet hat, hinzugefügt habe, der Kläger bereichere sich auf Kosten des Beklagten. Des weiteren sind aber die Geschäfte, die dem Beklagten den Anlaß zu seinen Äußerungen gaben, nicht nur daraufhin festzustellen, ob die Äußerungen des Beklagten im guten Glauben und in Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht worden sind, sondern auch daraufhin, ob sie in Wahrheit die vom Beklagten in seinen Mitteilungen an die Berufsgenossen dem Kläger gemachten Vorwürfe hinsichtlich seines Geschäftsgebahrens zu rechtfertigen geeignet waren, und ob eine Wahrnehmung berechtigter Interessen auch für den Fall weiterer Wiederholungen der Äußerungen

des Beklagten als gegeben angenommen werden kann, sofern die Gefahr einer Wiederholung als bestehend anerkannt wird.

Da das Ber.-Gericht diese Feststellungen und Prüfungen von seinem Standpunkt der ununterschiedenen Behandlung und Beurteilung des Schadenersatzanspruchs und des Feststellungsanspruchs aus unterlassen hat, mußte das angefochtene Urteil insoweit der Aufhebung unterliegen und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Ber.-Gericht zurückverwiesen werden."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 23. Dez. 1915. M. (Kl.) w. S. (OLG. Hamburg). VI. 286/15.

---

165. Unlauterer Wettbewerb durch Ankündigung billigen Verkaufs wegen Überfüllung des Lagers.* Grenzen der Bekanntmachung der Verurteilung.**

**Vgl. 55 Nr. 139; 58 Nr. 98; 60 Nr. 149; 66 Nr. 135. — **Vgl. 68 Nr. 172 m. N. UnlWG. §§ 3. 7. 23.

Der Beklagte betreibt in L., T.-Straße 8, ein Schuhwarengeschäft. Er hatte seit Anfang Oktober 1913 längere Zeit an seinem Laden ein Plakat mit der Aufschrift „Total herabgesetzte Preise wegen Überfüllung des Lagers" und „Extra billige Preise" angebracht. Der Kläger, ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen, sah in dieser Anpreisung, die er als Ankündigung eines Ausverkaufs betrachtet wissen wollte, einen unlauteren Wettbewerb. Er erwirkte zunächst eine einstweil. Verfügung auf Unterlassung dieser Anpreisung gegen den Beklagten und forderte dann, daß der Beklagte unter Androhung von Geldstrafe verurteilt werde, in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, diese Anpreisung ohne Angabe eines sie rechtfertigenden Grundes zu unterlassen, und daß ihm die Befugnis zur Veröffentlichung der Verurteilung zuerkannt werde. — Das Landgericht erkannte nach den Klaganträgen. Auf Berufung des Beklagten wurde die Befugnis zur Veröffentlichung der Verurteilung in Wegfall gestellt, im übrigen aber die Entscheidung im wesentlichen aufrechterhalten. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Befugnis des Klägers, auf Grund der Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gegen den Beklagten vorzugehen, ergibt sich aus § 13 UnlWG.

Der Inhalt des beanstandeten Plakats besagt für das Publikum, daß der Beklagte zu besonders billigen Preisen verkaufe, um eine in seinem Geschäft vorhandene Anhäufung von Waren über den regelmäßigen Bestand hinaus zu beseitigen. In dem Plakat kommt also zum Ausdruck, daß ein Teil der Vorräte zum Zweck der Räumung mit Beschleunigung veräußert werden solle. Darin liegt die Ankündigung eines Ausverkaufs i. S. von

§ 7, § 9 UnlWG. Als Grund des Ausverkaufs ist das Anwachsen des Warenbestandes über das gewöhnliche Maß hinaus, eben die Überfüllung, angegeben. Überfüllung des Lagers muß nach der Anschauung des Verkehrs als berechtigter Grund zu beschleunigtem Verkauf anerkannt werden, wenn damit ein Zustand der Warenanhäufung gemeint ist, der sich ungewollt und im Widerspruch mit den normalen Verhältnissen des Betriebes eingestellt hat, und der beseitigt werden muß, um den Betrieb in die regelmäßigen Bahnen zurückzuführen. Unbedenklich darf davon ausgegangen werden, daß das Publikum den Hinweis auf die Überfüllung in dem Plakat des Beklagten in diesem Sinne aufgefaßt hat. Dann aber entsprach der Inhalt der Anpreisung nicht den Tatsachen.

Das Ergebnis der Beweisaufnahme ist mit der Behauptung des Beklagten, daß er durch die besonderen Veranstaltungen in Leipzig im Jahre 1913 zu erhöhten Warenanschaffungen veranlaßt worden sei, nicht wohl vereinbar. Wie dem Ber.-Gericht aus eigener Wissenschaft bekannt ist, dauerte die Internat. Baufachausstellung vom Mai bis zum Oktober 1913; das Deutsche Turnfest fand in den Tagen vom 11. bis 14. Juli 1913, die Völkerschlacht-Gedenkfeier in den Tagen vom 16. bis 18. Oktober 1913 statt. Die festgestellte hauptsächlichste Steigerung des Warenbezugs des Beklagten, im August und September 1913, liegt also in der Zeit, als das Turnfest überhaupt und die Ausstellungszeit schon zu einem großen Teil vorüber waren. Der Beklagte müßte somit gerade noch für den Rest der Ausstellungszeit und für die wenigen Tage der Völkerschlacht-Gedenkfeier die größten Anschaffungen gemacht haben. Das würde unverständlich sein. — — — Der geltend gemachte Zusammenhang der gesteigerten Warenanschaffung mit den erwähnten besonderen Veranstaltungen in Leipzig kann aber überhaupt nicht zugegeben werden.

Es sind hier die in Betracht kommenden örtlichen Verhältnisse, die dem Ber.-Gericht gleichfalls aus eigenem Wissen bekannt sind, in Erwägung zu ziehen. — — — Die in Frage stehenden Veranstaltungen spielten sich in ganz andern Stadtgegenden ab, als wo sich das Geschäft des Beklagten befindet. Bei der Lage seines Geschäfts konnte der Beklagte aus dem Verkehr unmittelbar nach den Festplätzen keinen Vorteil ziehen. Aber auch die Steigerung des allgemeinen Verkehrs in Leipzig infolge der in Rede stehenden besonderen Veranstaltungen konnte ihm nicht zugute kommen, da diese naturgemäß die innere Stadt betreffen mußte, die T.-Straße aber eine Vorstadtstraße ist. Unter diesen Umständen muß es als ausgeschlossen gelten, daß der Beklagte auf einen erhöhten Absatz infolge der mehrerwähnten besonderen Veranstaltungen gerechnet und deshalb die Mehranschaffungen an Ware gemacht haben könnte.

Es ergibt sich als natürliche Folgerung aus dem vorliegenden Sachverhalt die Auffassung, daß der Beklagte in erhöhtem Umfang Waren bezogen

hat, weil er hoffte, er werde durch entsprechende Anspannung seiner Tätigkeit und nachdrückliche Bearbeitung des Publikums in seinem Geschäft einen beschleunigten Umsatz erzielen können. Diese Auffassung findet in dem sonstigen geschäftlichen Gebaren des Beklagten eine Bestätigung, indem er von der Übernahme des Geschäfts an bis in die neueste Zeit eine rege Reklametätigkeit entfaltet hat. — — —

Nach alledem beruhte die Warenanhäufung bei dem Beklagten nicht auf einer Stockung des Absatzes, die infolge fehlgeschlagener geschäftlicher Berechnungen eingetreten war, sondern der Beklagte hatte sie planmäßig herbeigeführt, um durch beschleunigten Absatz der vergrößerten Warenbestände seinen Geschäftsbetrieb besonders ertragreich zu gestalten. Das Publikum aber mußte, wie oben hervorgehoben, aus dem Plakat das Vorliegen des ersterwähnten Sachverhalts entnehmen. — — —

Der Beklagte hat also durch das Plakat in der Form einer für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilung über die Preisbemessung der in Frage stehenden Waren und den Anlaß des Verkaufs unrichtige Angaben gemacht, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckten. Nach § 3 UnlWG. ist er, ohne daß etwas darauf ankommt, ob er schuldhaft gehandelt hat, verpflichtet, diese unrichtigen Angaben zu unterlassen.

Auch die Wiederholungsgefahr, die die Voraussetzung der Klage auf diese Unterlassung bildet, ist gegeben. Wie außer Streit, betreibt der Beklagte sein Geschäft noch. Seine oben besprochene Neigung zu wirksamer Reklame läßt damit rechnen, daß er, wie im gegenwärtigen Fall, auch künftig wieder die zulässigen Grenzen überschreite. Unter den Verhältnissen, wie sie durch die von ihm für Ende September 1916 beabsichtigte Geschäftsaufgabe geschaffen sind, liegt diese Befürchtung besonders nahe.

Die Anpreisung ist unzulässig, wegen ihres Widerspruchs mit den tatsächlichen Verhältnissen. Mit Beziehung auf diese ist sie also zu verbieten. — — —

Dagegen konnte die Entscheidung des Landgerichts, soweit sie dem Kläger die Befugnis zur Veröffentlichung der Verurteilung zuerkennt, nicht aufrechterhalten werden. Das beanstandete Plakat war an dem Geschäftslokal des Beklagten angebracht. Der Kreis der Personen, zu deren Kenntnis es gekommen ist, beschränkte sich also auf das im Laden des Beklagten und in dessen Gegend verkehrende Publikum. Eine Mitteilung der Verurteilung an die breite Öffentlichkeit, wie sie die öffentliche Bekanntmachung bezweckte, erschien hiernach nicht gerechtfertigt."

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 29. März 1916. Verein selbst. Leipz. Kaufl. (Kl.) w. R. 3 O. 82/14. L.



166. Eigentumsstörung; zum Begriff der Ortsüblichkeit, Einfluß der Anschauung der Bevölkerung.

Vgl. 69 Nr. 198 m. N. und die folgende Nr.
BGB. §§ 906. 1004.

Der Kläger, Eigentümer einer Besitzung in H., behauptete, daß seine dort stehenden Obstbäume keine Früchte mehr trügen und abstürben. Er führte dies ganz oder doch ganz überwiegend auf die von den Koksöfen der Beklagten ausgehenden Einwirkungen zurück, und er beanspruchte Schadenersatz. Die Klage war in 1. Instanz dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden; in 2. Instanz wurde sie abgewiesen. Die Revision wurde zurückgewiesen. — Aus den Gründen:

„Um die Besitzung des Klägers liegen in einer Entfernung von 1 bis 3 Kilometern außer der Kokerei der Beklagten noch 6 andre Kokereien, von denen eine jede 100 bis 120 Öfen hat. Die Beklagte hatte früher 120 Öfen und sie hat deren Zahl im Jahre 1904 um 60 Öfen vermehrt. Der Kläger sieht in der letzteren Tatsache die Ursache der Beeinträchtigungen. Die Beklagte bestreitet dies, sie beruft sich aber auch auf die Vorschrift des § 906 BGB., wonach der Eigentümer eines Grundstücks Zuführungen nicht verbieten kann, die durch eine Benutzung des andern Grundstücks herbeigeführt werden, welche bei Grundstücken dieser Lage nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich ist. Für die Frage, ob letzteres im gegebenen Fall zutrifft, muß außer Betracht bleiben, ob es, wie die Revision behauptet, in H. zahllose Grundstücke gibt, die nicht für die Zwecke von Kokereien benutzt werden. Für das Maß dessen, was nach § 906 an Einwirkungen zu dulden ist, entscheidet nicht die Art der Benutzung der Mehrzahl der Grundstücke, sondern die Auffassung der Bevölkerung; gegen Einwirkungen, die die Bevölkerung in ihrer Allgemeinheit als nach den örtlichen Verhältnissen üblich hinnimmt und erträgt, hat, wenigstens der Regel nach, der einzelne kein Verbietungsrecht.

Von diesem Gesichtspunkte geht ersichtlich auch das Ber.-Urteil aus. Unter der Feststellung, daß die Gegend, in der die Besitzung des Klägers liegt, den ‚typischen Charakter einer Industriegegend' trägt, und daß sich dort, und zwar schon seit 1904, insbesondere Kokereibetriebe in größerer Zahl und von sehr großem Umfange befinden, wird unter Hinweis auf das Ergebnis der richterlichen Augenscheinseinnahme ausgeführt, die ganze Gegend zeige weit und breit dasselbe Bild; überall sehe man kranke und tote Obstbäume, und soweit diese vereinzelt noch gesund seien, trügen sie mit ganz verschwindenden Ausnahmen keine Früchte mehr. Damit wird deutlich zum Ausdruck gebracht, daß in der näheren und weiteren Umgebung der Grundstücke des Klägers infolge der von den Kokereien ausgehenden Einwirkungen kein Obstbau möglich ist, daß solcher dort auch nicht mehr betrieben wird und

daß sich hiermit die Bevölkerung in ihrer Allgemeinheit abgefunden hat. Die Beklagte hat, wie die Sachverständigen bekunden und das Ber.-Gericht feststellt, ‚nichts getan, was nicht in der dortigen Gegend üblich wäre‘. Allerdings hat die Beklagte im Jahre 1904 ihre Koksanlagen um 60 Öfen erweitert, so daß seitdem ihre Anlagen an Größe die der andern Zechen übertreffen. Allein, war das Gebiet in dem festgestellten Umfange bereits ein Kokereigebiet, so konnte ohne Rechtsirrtum angenommen werden, daß die Verhältnisse dadurch, daß zu den vorhandenen 700 Öfen oder mehr noch weitere 60 Öfen hinzugetreten sind, keine irgendwie wesentliche Veränderung erlitten haben. Die Obstbäume des Klägers würden, wie ausdrücklich festgestellt ist, auch ohne die Erweiterung der Anlage eingegangen sein. Daß der Schaden sonst vielleicht nicht so plötzlich, sondern mehr allmählich eingetreten und insofern auch geringer gewesen sein würde, nimmt das Ber.-Gericht, das hier gemäß § 287 ZPO. nach freiem Ermessen zu urteilen hatte, ersichtlich nicht an, entscheidend ist aber auch in erster Linie, ob die Beklagte mit der Erweiterung der Anlage die Grenzen ihrer Befugnisse aus den §§ 903 und 906 BGB. überschritten und damit rechtswidrig gehandelt habe. Dies aber muß auf Grundlage der getroffenen Feststellungen verneint werden. Auch unter Mitberücksichtigung der von der Erweiterungsanlage ausgehenden Zuführungen machen sich für die Allgemeinheit jetzt die Beeinträchtigungen nicht empfindlicher bemerkbar als früher, empfindlicher wird allerdings der Kläger betroffen, aber nur insofern, als seine Besitzung dem vorherrschend von Westen, d. i. aus der Richtung der Kokerei, herkommenden Winden ausgesetzt ist. Die Benutzung der Grundstücke, auf denen sich die Anlagen der Beklagten befinden, ist keine andre, als wie sie nach den örtlichen Verhältnissen bei den sonstigen Kokereigrundstücken gewöhnlich ist.

Hiernach gibt das Urteil zu Bedenken keinen Anlaß. — — —“

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 16. Okt. 1915. F. (Kl.) w. BergwGes. H. (OLG. Hamm). V. 178/15.

---

167. Ortsüblichkeit in Anwendung auf lästige Gerüche aus einer städtischen Bedürfnisanstalt.

Vgl. die vorige Nr. m. N.
BGB. § 906.

Die Beklagte hat in der Nähe des Hausgrundstücks der Klägerin in Berlin-Treptow, 25,7 m von deren Hause entfernt, auf der Mittelpromenade der E.-Straße, eine öffentliche Bedürfnisanstalt errichtet. Die Klägerin behauptete, durch die von dieser Bedürfnisanstalt ausgehenden, in ihr Grundstück eindringenden Gerüche würden sie und ihre Mieter stark belästigt; sie habe aus diesem Grunde einem ihrer Mieter schon einen Nachlaß von 200 ℳ am jährlichen Mietzinse bewilligen müssen. Sie erhob Klage auf Erstattung dieser

200 ℳ und auf Verurteilung der Beklagten zu Vorkehrungen, durch die das Eindringen von Gestank aus der Bedürfnisanstalt in ihr Grundstück verhindert werde. — In den beiden ersten Instanzen wurde die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„— — — Die Revision wendet sich nicht ohne Grund gegen die Begründung des Ber.-Urteils. Die Klägerin hatte unter Berufung auf eine Anzahl von Zeugen behauptet, daß namentlich in den Sommermonaten oft ein starker Urin- und Ölgeruch von der Bedürfnisanstalt in ihr Haus wie auch in noch weiter entfernt liegende Häuser an der E.-Straße eindringe. Der Ber.-Richter erklärt die Benutzung des Grundstücks der Beklagten, der Straße, wodurch die von der Klägerin beanstandete Einwirkung auf die Benutzung ihres Grundstücks herbeigeführt sein soll, nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage für gewöhnlich, darum habe die Klägerin gemäß § 906 BGB. die etwa bestehende Einwirkung auch dann zu dulden, wenn sie die Benutzung ihres Grundstücks nicht unwesentlich beeinträchtige. Dies wäre nicht zu beanstanden, wenn der auf das Grundstück der Klägerin einwirkende Geruch durch eine Benutzung des Grundstücks der Beklagten herbeigeführt würde, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Der Ber.-Richter begründet seine vorbezeichnete Annahme dahin: nach der Lage und offenkundigen Entwicklung, die die Landgemeinde Berlin-Treptow gegenwärtig in Besiedelung, Verkehr und Ausgestaltung der Straßen erreicht habe, sei als maßgebender Bezirk das Gebiet Berlins und seiner angrenzenden Vororte anzusehen, und es sei bewiesen, daß die Bedürfnisanstalt der Beklagten nach ihrer Aufstellung im Verhältnis zu den Häusern der Umgebung, ihrer Ausführung und Einrichtung sowie nach dem Maß ihrer Benutzung sich in dem Rahmen halte, der für derartige Anlagen in Berlin und seinen Vororten üblich sei.

Hiergegen ergibt sich zunächst das Bedenken, ob nicht der Kreis der für die Vergleichung hinsichtlich der fraglichen Benutzungsart in Betracht kommenden Grundstücke vom Ber.-Richter unzutreffend bestimmt worden ist, wenn eine weiter von der Klägerin aufgestellte, die Frage der Ortsüblichkeit betreffende Behauptung berücksichtigt wird. Für die Bestimmung des genannten Kreises ist als maßgebend zu erachten, inwieweit Grundstücke in der Umgebung des Grundstücks der Beklagten bezüglich gleichartiger Benutzungen als zusammengehörig zu gelten haben (vgl. JW. 1910, 149[14], 236[15]; Gruchots Beitr. 48, 605). Hinsichtlich der Gerüche verursachenden Grundstücksbenutzungen, um die es sich hier handelt, können aber in Anbetracht des großen Umfangs und der Verschiedenartigkeit der Bebauung von Berlin und seinen Vororten und, da Gerüche sich nicht weit zu verbreiten pflegen, einzelne Stadtteile im Hinblick auf die Frage der Ortsüblichkeit als für sich zusammengehörig anzusehen sein; namentlich dann, wenn sie durch die besondere Art der Bebauung (Villenstil, herrschaftliche Miethäuser) ein einheitliches charakteristisches

Gepräge haben, durch das sie sich in erkennbarer Weise von andern Stadtteilen unterscheiden (vgl. Gruchot 48, 605; JW. 1910, 149[14]). Die Klägerin hat nun behauptet, ihr Grundstück liege in einem Villenviertel; auch hat der vernommene Sachverständige das Haus der Klägerin als Villa bezeichnet. Es wäre daher vom Ber.-Richter zu prüfen gewesen, ob nicht hinsichtlich der Frage der Ortsüblichkeit nur eine gleiche oder doch bezüglich der Gerüche als gleichartig zu erachtende Benutzung andrer Grundstücke in solchen Stadtteilen von Berlin und den Vororten in Betracht zu ziehen wäre, die ebenfalls Villenviertel sind oder doch nach der Art ihrer Anlage und Bebauung dieser angeblichen Villengegend im wesentlichen gleichstehen. Nach dem bisherigen Vorbringen der Beklagten kommen andre Geruch verursachende Grundstücksbenutzungen als die durch das Halten und den Betrieb von Bedürfnisanstalten hinsichtlich der Ortsüblichkeit nicht in Frage. Die Bejahung der Ortsüblichkeit würde also davon abhängig sein, daß auch von Bedürfnisanstalten in andern Stadtteilen der vorbezeichneten Art üble Gerüche ausgehen.

Sodann ist, wenn die Einwirkung durch die Benutzung einer Anlage herbeigeführt sein soll, für die Frage der Ortsüblichkeit der Benutzung nicht oder doch nicht stets allein entscheidend, ob die Anlage in gleicher oder im wesentlichen ähnlicher Weise hergestellt und eingerichtet ist wie Anlagen auf andern Grundstücken in gleicher Lage. Vielmehr kommt es vornehmlich oder doch auch darauf an, ob im Hinblick auf die durch die Benutzung der Anlage verursachte schädliche Wirkung die Art und das Maß dieser Benutzung gleich oder doch im wesentlichen gleich zu erachten ist der Art und dem Maß der Benutzung der Anlagen auf den andern Grundstücken (GruchotsBeitr. 47, 955; Warneyer Rspr. 1909 Nr. 216; 1910 Nr. 446). Der Ber.-Richter erklärt nun zwar, daß das Maß der Benutzung der Bedürfnisanstalt der Beklagten dem bei andern derartigen Anlagen in Berlin und seinen Vororten üblichen Maß entspreche. Jedoch ist damit nur das Maß der Benutzung durch das Publikum gemeint. Die Art und das Maß der Benutzung einer Bedürfnisanstalt umfaßt aber in Ansehung der schädlichen Wirkung auch die Art der Instandhaltung und das Maß des Betriebes der Anlage. Wäre die Behauptung der Klägerin richtig, daß namentlich in den Sommermonaten oft ein starker Urin- und Ölgeruch von der Bedürfnisanstalt der Beklagten in ihr Haus eindringe, so könnte, auch wenn der vorbezeichnete Kreis der andern Grundstücke auf ganz Berlin und seine Vororte zu erstrecken wäre, die einen solchen Geruch verursachende Benutzung der Bedürfnisanstalt der Beklagten nur dann als ortsüblich gelten, wenn auch durch die Benutzung andrer Bedürfnisanstalten in der genannten Umgebung gleiche oder doch im wesentlichen gleich zu erachtende Gerüche verursacht würden. Von diesem Gesichtspunkt wäre daher die Frage der Ortsüblichkeit vom Ber.-Richter zu prüfen gewesen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 12. Juni 1915. G. (Kl.) w. Gemeinde B.-Tr. (KG. Berlin). V. 12/15.



168. Recht des Eigentümers, sein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück zu besonderen Zwecken zu betreten.

(Vgl. 32 Nr. 305; 64 Nr. 152.)
BGB. §§ 1004. 1036.

Die Eigentümer eines Grundstücks, auf welchem für den Beklagten ein Nießbrauch eingetragen stand, verlangten im Wege der einstweil. Verfügung, daß der Beklagte die Besichtigung des Grundstücks durch Personen gestatte, die auf das Grundstück Geld zu leihen oder es zu kaufen gewillt waren. Das Landgericht gab dem Antrage statt; der Widerspruch des Beklagten blieb erfolglos, ebenso seine Berufung. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Antragsteller haben glaubhaft gemacht, daß der Nießbrauch an dem ihnen gehörenden Grundstücke dem Antragsgegner lediglich zu seiner Sicherung wegen der für ihn auf dem Grundstück haftenden 29000 ℳ samt Zinsen bestellt worden ist. Nach § 1036 Abs. 1 BGB. ist er zum Besitze des Grundstücks berechtigt; das Eigentum der Antragsteller ist aber, wie aus der rechtlichen Natur des Nießbrauchs als Dienstbarkeit ohne weiteres zu entnehmen ist, dadurch nur insoweit beschränkt, als es der Sicherungszweck erfordert. Darnach kann der Antragsgegner nicht verbieten, daß die Antragsteller zu dem Zweck, sich Geld auf das Grundstück zu beschaffen oder Kaufliebhaber zu gewinnen, das Grundstück betreten und es durch andre von ihnen begleitete oder mit Vollmacht versehene Personen besichtigen lassen. Beeinträchtigungen dieses Rechts können sie nach § 1004 Abs. 1 BGB. entgegentreten.

Sie haben nun glaubhaft gemacht, daß am 29. Juli 1913 P. den Antragsteller G. und einen von ihm begleiteten Mann, der den Verkauf des Grundstücks vermitteln oder Geld darauf beschaffen sollte, mit dem Bemerken, G. habe nichts mehr darin zu suchen, er (P.) sei jetzt die maßgebende Person, aus dem Grundstück hinausgewiesen hat. Mit Unrecht bestreitet der Antragsgegner, daß er wegen der von P. verübten Beeinträchtigung des Eigentums der Antragsteller auf Unterlassung in Anspruch genommen werden könnte. Als Störer i. S. von § 1004 Abs. 1 BGB. gilt nicht nur, wer die Beeinträchtigung selbst begeht, sondern auch derjenige, mit dessen Willen die Beeinträchtigung begangen wird oder von dessen Willen die Fortsetzung der Störung abhängig ist (GruchotsBeitr. 46, 650ff.; 47, 1066; 48, 949). Ein Verschulden ist zur Begründung des in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. erwähnten Unterlassungsanspruchs nicht erforderlich. Der Antragsgegner gibt nun selbst zu, daß er P. unbeschränkte Vollmacht zur Verwaltung des Grundstücks der Antragsteller erteilt hat. Dadurch hat er die Ursache zu der von P. verübten Eigentumsstörung gesetzt, und er hatte auch die Möglichkeit, durch entsprechende Anweisung an P. weitere Eigentumsstörungen durch diesen zu verhüten. Darauf, ob er P. gerade zu der von ihm verübten Störung des Eigentums

der Antragsteller veranlaßt oder sie genehmigt hat, kommt nichts an. Da nach alledem der Unterlassungsanspruch der Antragsteller auch, soweit P. deren Eigentum beeinträchtigt hat, schon nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. gegeben ist, so kann dahingestellt bleiben, ob der Anspruch auch nach § 278 oder nach §§ 823. 831 BGB. zu rechtfertigen wäre.

Die Berufung des Antragsgegners darauf, daß sich die Antragsteller in die ihm als Nießbraucher zustehenden Befugnisse eingemischt und dadurch sein Recht verletzt hätten, ist nicht geeignet, ihn zu entlasten. Es steht ihm frei, gerichtliche Hülfe gegen Beeinträchtigungen seines Nießbrauchs durch die Antragsteller zu beanspruchen. Das Recht, dadurch Vergeltung zu üben, daß er seinerseits die Eigentumsbefugnisse der Antragsteller verletzt, hat er nicht. Von erlaubter Selbstverteidigung oder Selbsthülfe kann nach seiner eigenen Darstellung bei ihm nicht die Rede sein.

Da endlich auch die Anordnungen der einstweil. Verfügung, die ihre gesetzliche Grundlage in § 940 ZPO. findet, nach § 938. 890 ZPO. bedenkenfrei und angemessen sind, muß das Rechtsmittel des Antragsgegners erfolglos bleiben."

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 19. Febr. 1914. Gr. w. G. u. Gen. 1. O. 13/14. F—ch.

---

169. Bedeutung der Übergabe des Hypothekenbriefs bei Abtretung der Hypothek. Dienstvertrag zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber.*

*(Vgl. 69 Nr. 40 m. N.)
BGB. § 1154. — BGB. § 675. 611; RAO. § 28.

Für die Preußische Pfandbriefbank stand auf einem Grundstück eine Briefhypothek von 110000 ℳ eingetragen, auf welche sie dem Eigentümer erst 86000 ℳ gezahlt hatte, als dieser am 26. Juli 1907 in einer von dem Rechtsanwalt und Notar F., dem Erblasser der Beklagten, entworfenen und beglaubigten Urkunde dem Kläger den Anspruch auf Auszahlung der Restvaluta, sowie die für den Grundstückseigentümer in dieser Höhe bestehende Eigentümerhypothek abtrat. Die Abtretung sollte im Grundbuch eingetragen, der Hypothekenbrief für den neuen Gläubiger, den Kläger, dem Notar ausgehändigt werden. Die Eintragung unterblieb indes, der Notar ließ sich lediglich den Brief über die 110000 ℳ von der Bank kommen, händigte ihn dem neuen Gläubiger ein, ließ ihn sich aber in demselben Augenblick zurückgeben und schickte ihn alsbald der Bank wieder ein. Diese zahlte noch weitere Beträge an den Grundstückseigentümer aus, so daß von den 110000 ℳ nur noch 16000 ℳ fehlten. Ein Gläubiger des Grundstückseigentümers ließ nun die Eigentümergrundschuld in Höhe von 16000 ℳ pfänden. Die Pfändung wurde als wirksam anerkannt, weil die Hypothek ohne die erforderliche Übergabe des Hyp.-Briefes nicht auf den Kläger übergegangen sei, so daß der auf die

Eigentümergrundschuld in dem unterdessen eingeleiteten Zw.-Verst.-Verfahren entfallene Betrag von 16234,29 M dem Pfandgläubiger zugesprochen wurde. Der Kläger nahm darauf die Beklagten als Erben des Notars in Anspruch, weil der Erblasser seine Amts- und Vertragspflicht fahrlässig verletzt habe. — Die Beklagten wurden in beiden Instanzen zur Erstattung der 16234,29 M verurteilt. Ihre Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Der Erblasser der Beklagten hat keine Amtspflicht verletzt. Seine Tätigkeit beschränkte sich auf die mängelfreie Beglaubigung der Unterschrift. Es kann sich nur darum handeln, ob ihm eine schuldhafte Verletzung von Vertragspflichten aus einem mit dem Kläger abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrage zur Last fällt. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts bestand ein solcher Vertrag, der die zur Herbeiführung einer wirksamen Abtretung der Teilhypothek erforderliche Beratung und Tätigkeit zum Inhalt hatte.

Für **die** Abtretung der Eigentümergrundschuld ist die Übergabe des Briefes an den neuen Gläubiger erforderlich; bei Teilabtretung braucht kein Teilbrief gebildet zu werden, es genügt die Übergabe des über die ganze Post gebildeten Briefes oder die Einräumung des Mitbesitzes an diesem. Die ‚Übergabe' des § 1154 BGB. bedeutet Verschaffung des Besitzes oder Mitbesitzes. Daß diesem Erfordernisse nicht durch die von dem Erblasser vorgenommene Scheinhandlung genügt wurde, mußte dieser als Rechtskundiger wissen, er hat durch sein Verhalten den Kläger in den Glauben versetzt, die Abtretung sei rechtswirksam und hat damit das Zustandekommen eines wirklich rechtswirksamen Abkommens vereitelt. Die Wahl des völlig ungeeigneten Mittels und die Nichtanwendung tauglicher Mittel verstießen gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Der Erblasser hat also die aus dem Vertrage ihm obliegenden Pflichten fahrlässig verletzt und dadurch den Schaden verursacht. Das vertragliche Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und ‚Auftraggeber' ist regelmäßig ein Dienstvertrag, und zwar ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (JW. 1914, 642[4]). Ausnahmsweise kann das Vertragsverhältnis sich als ein Werkvertrag darstellen, nämlich dann, wenn ein durch Arbeits- oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg den Inhalt des Vertrages bildet. Daß es sich dabei nur um eine Ausnahme handelt, ist zum Beispiel auch in der Begründung zum Entwurf des Ges. betr. Änderung der Rechtsanwaltsordnung v. 22. Mai 1910 (Reichstag 12. Leg.-Per., II. Session 09/10, Druckf. 309, 33) zu § 32a anerkannt. Eine solche Ausnahme ist hier nicht gegeben. Die Ausführungen des Ber.-Gerichts sind zutreffend. Es kommt darauf an, ob der zu erzielende Erfolg Gegenstand des Vertrages war und ob nach dem Willen der Beteiligten ‚Erfolg und Vergütung als die eigentliche Leistung und Gegenleistung sich gegenüberstehen'. Mit Recht weist das Ber.-Gericht darauf hin, ein Erfolg werde schließlich bei jeder Arbeit erstrebt. Auch jede Tätigkeit des Rechtsanwalts soll einem gewissen Erfolge dienen. Wollte man deshalb stets das Vertragsverhältnis als

Werkvertrag ansehen, dann hätte es der Abänderung der RechtsanwOrdnung im § 32a nicht bedurft. Das vorliegende Vertragsverhältnis enthält nichts, was seiner Unterordnung unter den Begriff des Dienstvertrages nach § 675 BGB. entgegen stände. Daß nicht jede Geschäftsbesorgung ein „Werk" i. S. der §§ 631 ff. BGB. ist, ergibt eben dieser § 675. Hier war nicht, wie in dem Falle JW. 1914, 642 Inhalt des Vertrages der Erfolg, sondern die Summe der zu seiner Erreichung erforderlichen Beratung und sonstigen Arbeitsleistung. Die Verjährungsvorschrift des § 638 BGB. greift darnach nicht Platz."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 3. März 1916. F. w. R. (OLG. Frankfurt a. M.). III. 394/15. Ka.

---

170. Das ungültige gemeinschaftliche Testament von Nichteheleuten kann auch nicht als Einzeltestamente aufrechterhalten werden.

(Vgl. 64 Nr. 93.)
BGB. §§ 2265. 140.

Die ledigen Schwestern Minna und Klara M. hatten in einem von Klara M. geschriebenen, von Minna M. mitunterschriebenen Schriftstück v. 9. Febr. 1912, unter der Überschrift: Unsre beiderseitigen letztwilligen Bestimmungen, sich gegenseitig zu Universalerben eingesetzt. Nach dem Tode der Klara M. klagte Minna M. gegen Kinder vorverstorbener Geschwister auf Anerkennung ihres alleinigen Erbrechts. — Die Klage wurde in allen Instanzen für unbegründet erklärt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die Ausführungen, auf denen die Entscheidung des Ber.-Gerichts beruht, sind rechtlich zutreffend. Das Testament v. 9. Febr. 1912 stellt sich als ein gemeinschaftliches Testament dar; mehrere Personen haben gemeinschaftlich in der einen Urkunde letztwillige Verfügungen getroffen. Ein gemeinschaftliches Testament kann aber von andern Personen als Ehegatten gemäß § 2265 BGB. nicht errichtet werden. Das Testament ist deshalb unwirksam. — — —

Die Erwägung des Ber.-Gerichts, daß die letztwillige Verfügung auch nicht im Wege der Konversion (§ 140 BGB.) als Einzeltestament der Erblasserin aufrechterhalten werden könne (vgl. KGJ. 35A, 93), ist von der Revision nicht besonders angegriffen worden. Die Erwägung ist zutreffend. Ob entscheidendes Gewicht darauf zu legen wäre, daß die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügungen begrifflich kein andres Rechtsgeschäft seien als die in besonderen Testamenten getroffenen Verfügungen, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist der Grund zutreffend, daß mit der Bestimmung des § 2265 nicht in Einklang zu bringen wäre, wenn gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen von Nichtehegatten in irgendwelcher Weise als letztwillige Verfügungen Wirksamkeit erlangten. Bei Einführung des Bürgerl. Gesetzbuchs war man sich der gegen die Zulassung

gemeinschaftlicher Testamente sprechenden gewichtigen Bedenken bewußt. Nach dem 1. Entwurf (§ 1913) sollte bestimmt werden: ‚Mehrere Personen können letztwillige Verfügungen nicht gemeinschaftlich errichten‘. Zur Begründung wurde hervorgehoben (Motive 5, 253): die Unzuträglichkeiten eines wechselseitigen Testaments lägen auf der Hand; nicht selten bestehe eine erhebliche Schwierigkeit, den wirklichen Willen der Verfügenden zu ermitteln; daneben ergebe sich eine wenigstens tatsächliche Beengung der freien Widerruflichkeit; zahlreiche Streitigkeiten und Prozesse pflegten die Folge zu sein. Nachdem in der Kommission für die 2. Lesung die Zulassung des gemeinschaftlichen Testaments für Ehegatten angenommen worden war, ist in § 2265 BGB. bestimmt worden, daß ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden könne. Für die gemeinschaftlichen Testamente der Ehegatten sind in den §§ 2266 bis 2273 weitere Vorschriften gegeben worden, durch welche die auch mit der beschränkten Zulassung gemeinschaftlicher Testamente verbundenen Schwierigkeiten und Zweifel gehoben oder doch gemindert werden sollten. Die Gründe nun, die dazu führten, gemeinschaftliche Testamente für Nichtehegatten zu verbieten, stehen auch der Annahme entgegen, daß letztwillige Verfügungen, welche Nichtehegatten gemeinschaftlich treffen, als Einzeltestamente Wirksamkeit erlangen könnten. Die Unzuträglichkeiten, die sich aus der Verbindung letztwilliger Verfügungen mehrerer Personen in Einer Urkunde ergeben, sind gleich groß oder noch größer, wenn den letztwilligen Verfügungen als Einzeltestamenten Geltung verschafft werden könnte, als sie wären, wenn die Bestimmungen, die das Gesetz für gemeinschaftliche Ehegattentestamente (insbesondere in den §§ 2270. 2271. 2272) gibt, auch auf sie zur Anwendung kämen. Das Verbot des § 2265 läßt daher nicht zu, gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen von Nichtehegatten als Einzeltestamente aufrechtzuerhalten. — — —“

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 20. Mai 1915. M. (Kl.) w. M. u. Gen. (OLG. Dresden). IV. 699/14. Auch in RGEntsch. 87 Nr. 7 S. 33.

---

171. Hat der Krieg Einfluß auf Anstellungsverträge?

Vgl. 70 Nr. 214 m. N.
HGB. § 70; BGB. § 626.

Durch Vertrag v. 19. Okt. 1912 war der Kläger von der Beklagten für fünf Jahre vom 1. Juli 1912 ab als „kaufmännischer Bureauchef und Prokurist“ gegen ein Jahresgehalt von 5100 ℳ für die ersten zwei und von 5400 ℳ für die folgenden drei Jahre und gegen 6% vom Reingewinn mit einem gewährleisteten Mindestsatze von 1800 ℳ jährlich angestellt. Dabei war vereinbart: „Tritt einer der beiden Kontrahenten einseitig von dem Vertrage zurück, so hat er an den andern Kontrahenten eine sofort fällige Konventional-

strafe von 20000 ℳ zu entrichten". Durch Brief v. 14. Nov. 1914 entließ die Beklagte den Kläger ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist mit der Begründung, seine Tätigkeit habe sich besonders auf das Geschäft mit England, Frankreich und Belgien bezogen, das infolge des Krieges in absehbarer Zeit nicht fortgeführt werden könne. Der Kläger beanspruchte nun die Vertragsstrafe, die ihm auch — in 2. Instanz in vollem Betrage — zugesprochen wurde. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen. — Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht geht zutreffend davon aus, daß die Beklagte die Zahlung der Vertragsstrafe nur dann verweigern kann, wenn sie einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses (§ 70 HGB.) gehabt hat. Es verneint aber das Vorliegen eines solchen Grundes, weil die Beklagte im November 1914 trotz des Krieges zur Weiterbeschäftigung des Klägers, und zwar in Inlandsgeschäften, imstande gewesen sei. Seine Ausführungen stehen im Einklange mit der (zum Abdruck bestimmten) Entscheidung des erkennenden Senats v. 30. November 1915 (III. 193/15). Dort ist ausgesprochen: grundsätzlich sei davon auszugehen, daß ein wichtiger Grund nicht schon dann vorliege, wenn die unter der Einwirkung des Krieges entstandene wirtschaftliche Lage den Betrieb, für den vertragmäßig der Dienstverpflichtete tätig zu sein habe, nicht mehr lohnend erscheinen lasse, ja selbst dann nicht, wenn aus diesem Grunde der Dienstberechtigte sich zur Einstellung des Betriebs entschließe; insoweit habe vielmehr allein der Dienstberechtigte die wirtschaftliche Gefahr des Betriebs zu tragen; nur wenn die Weiterführung des Betriebs mit Rücksicht auf die Folgezustände des Krieges unmöglich erscheine, wenn sie nach den tatsächlichen Verhältnissen vernünftigerweise und nach Treu und Glauben dem Dienstberechtigten unter keinen Umständen zugemutet werden könnte, sei ein wichtiger Kündigungsgrund als vorhanden anzuerkennen.

Eine solche Unmöglichkeit, den Kläger vertragmäßig weiter zu beschäftigen, lag nun nach den Feststellungen des Ber.-Gerichts am 14. Nov. 1914 nicht vor, und daß diese unter Verletzung prozeßrechtlicher Bestimmungen getroffen wären, kann der Revision nicht zugegeben werden. Mag man auch mit ihr kein entscheidendes Gewicht darauf legen, daß der Kläger nach der Vertragsurkunde allgemein als ‚kaufmännischer Bureauchef und Prokurist' angenommen ist, so tragen doch die auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme getroffenen weiteren Feststellungen die Entscheidung: daß der Kläger von jeher, schon vor dem Kriegsausbruch, bei der Beklagten nicht nur die englischen, französischen und belgischen, sondern in gleicher Weise auch die deutschen Geschäfte bearbeitet habe, daß er nur etwa die Hälfte der Zeit auf Reisen und in der übrigen Zeit als Bureauchef auf dem Bureau der Beklagten tätig gewesen, daß er kaufmännisch vorgebildet, zum selbständigen Abschluß von Inlandsgeschäften imstande und in seiner vertragmäßigen Stellung auch für die Bearbeitung von Inlandsgeschäften geeignet und

bestimmt gewesen sei. Daß der Vorderrichter bei diesen Feststellungen irgendeine der in der Rev.-Begründung angeführten Behauptungen der Beklagten übersehen haben sollte, dafür fehlt es an jedem Anhalt.

Die von der Revision besonders hervorgehobene Behauptung der Beklagten, daß sie von ihren 50 Angestellten nur 20 behalten habe und auch diese nur vier Stunden täglich habe beschäftigen können, ist von dem Ber.-Gericht jedenfalls nicht übersehen worden. Von dem oben angegebenen grundsätzlichen Standpunkt aus betrachtet ist sie unerheblich. Daß die Beklagte infolge des Krieges nicht genügende Beschäftigung für ihre Angestellten hatte, berechtigte sie nicht zur vorzeitigen Aufhebung eines längeren Vertragsverhältnisses; sie konnte nur den nicht auf längere Zeit unkündbar Angestellten mit der vereinbarten oder sonst mit der gesetzlichen Frist kündigen und so die überflüssigen Kräfte abstoßen.

Unhaltbar ist endlich auch die Ausführung der Beklagten, der Anstellungsvertrag sei dahin auszulegen, daß die Vertragsstrafe mindestens auf seiten der Beklagten beschränkt sein sollte auf das, was der Kläger von seiner etwa unberechtigten Entlassung an bis zu dem Termin, zu dem der Vertrag zuerst von der Beklagten gekündigt werden konnte oder zu dem der Kläger zur Leistung seiner Dienste außerstande kam, noch zu beziehen gehabt hätte, und daß ferner der Kläger sich auf die Vertragsstrafe das anrechnen zu lassen habe, was er etwa anderweitig in dieser Zeit verdient habe. Die Vertragsstrafe ist auf 20000 ℳ festgesetzt; für eine Vertragsauslegung, daß sie geringer sein solle, wenn der Kläger sie beanspruche und sein Schaden jene Summe nicht erreiche, gibt der Vertrag nicht den geringsten Anhalt und eine Herabsetzung gemäß § 343 BGB. ist in dem vorliegenden Falle nach § 348 HGB. unzulässig."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Januar 1916. P. (Bkl.) w. Pf. (OLG. Düsseldorf). III. 353/15.

---

172. Wann ist nach § 37 BinnenSchG. die Reise angetreten?

Vgl. 62 Nr. 93.

BinnenSchG. § 37; HGB. §§ 582. 580.

Der klagende Schiffseigner M. hatte mit der Beklagten einen Frachtvertrag geschlossen, wonach er von Hamburg nach Oderstationen 9500 Ztr. Güter aller Art mit seinem Kahn befördern sollte. Der Kläger hatte in Hamburg, Altona, Harburg Ladung zu nehmen. Die Beklagte hatte freien Dampf zu gewähren, sie „besorgt" das Schleppen. Der Kläger hatte Ladung in Hamburg und Wilhelmsburg (Preußen) genommen. Am 4. August zeichnete der Schiffer den Oderschlußschein, erhielt einen Vorschuß für Fracht und Schleusengelder und wurde von dem Befrachter „abgefertigt". Der Kahn wurde durch einen Schlepper nach der Süderelbe und diese eine Strecke hinauf

geschleppt. Er sollte die weitere Fahrt als Anhang eines großen Oderschleppzugs machen. Da dieser in der Norderelbe gebildet wurde, wurde der Kahn des Klägers die Norderelbe eine Strecke herunter geschleppt, so daß er wieder in einem Teile des Hamburger Hafens lag. Der Oderschleppzug ist nicht abgegangen; die Gesellschaft, bei welcher die Beklagte den Kahn des Klägers am 3. August angemeldet hatte, lehnte wegen des Kriegsausbruchs, ihren Bedingungen gemäß, die Abschleppung ab, was die Beklagte am 5. oder 6. August erfuhr. Der Kahn des Klägers blieb im Hamburger Hafen liegen; die Beklagte bemühte sich nicht um eine andre Schleppgelegenheit, obwohl eine solche zu stark erhöhtem Schlepplohn zu haben war.

Der Kläger klagte auf Zahlung des Liegegeldes bis zum 4. August 1914 und der vollen Fracht abzüglich erhaltener Vorschüsse. Die Beklagte wurde antraggemäß verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Auf diesen Tatbestand hat das Landgericht mit Recht den § 37 BinnenSchG. zur Anwendung gebracht. Die Beklagte bestreitet, daß der Schiffer ‚die Reise angetreten' hatte, weil diese erst mit dem Abschwimmen des Oderschleppzuges von Hamburg begonnen haben würde, dieser Schleppzug aber, insbesondere der Kahn des Klägers, im Hamburger Hafen liegen geblieben sei. Hierin vermag das Ber.-Gericht der Beklagten nicht zu folgen, wobei es nicht der Hülfe Sachverständiger bedarf, denn es handelt sich um die Entscheidung einer Rechtsfrage in Anwendung auf einen ganz eigenartigen Tatbestand, über den sich wegen seiner Besonderheit eine Verkehrsauffassung nicht gebildet haben kann. In dem, dem § 37 BSchG. entsprechenden § 582 HGB. ist der Antritt der Reise durch Bezugnahme auf den § 580 HGB. gesetzlich bestimmt. Nach dieser seerechtlichen Vorschrift ist die Reise angetreten, wenn nach Lieferung von Ladung die Wartezeit (HGB. § 579) verstrichen oder wenn der Befrachter den Schiffer bereits abgefertigt hat. Das Binnenschiffahrtsgesetz hat dagegen von solchen positiven Bestimmungen abgesehen;

vgl. Begründung zur Reichstagsvorlage S. 70 zu §§ 36. 37;

es spricht in den §§ 20. 25. 35. 36. 37. 68. 69. 71 immer nur schlechthin von dem Antritt der Reise, also ihrem tatsächlichen Antritt. Es genügt also die bloße Abfertigung des Schiffs nicht. Mittelstein (Binnenschiffahrtsr. 1, 171 unter 2) sagt, die Reise sei angetreten, wenn ‚das Schiff (mit irgendwelcher Ladung) den Ladeplatz zwecks Antritts der Frachtreise verlassen hat'. Dem ist der 1. Zivilsenat des Hans. Oberlandesgerichts in seinem Urteil v. 10. Okt. 1911 (HansGZ. Hauptbl. 1911 Nr. 138) gefolgt, ebenso das Landgericht, und auch der erkennende Senat pflichtet dem bei.

Im vorliegenden Falle war nicht nur das Schiff abgefertigt, sondern auch der Vorschuß bezahlt, ein Schlepper gestellt, und mit der vollen Ladung hatte der Kahn den letzten Ladeplatz verlassen zum Zweck des Antritts der Reise. Den Schlepper hatte der Befrachter zu stellen. Wo und wie er die

Schlepper wechseln, ob er den Kahn allein oder mit andern zusammen schleppen lassen wollte, war seine Sache. Es liegt auch nicht etwa so, daß der vollbeladene Kahn vom Ladeplatz nach einer andern Stelle im Hafen verholt wurde, um von dort aus erst die eigentliche Frachtreise anzutreten, sondern der Kahn ist aus dem Hafengebiet hinausgeschleppt worden in die Süderelbe und diese hinauf einige Kilometer in der Richtung seines Bestimmungshafens. Daß der Kahn dann die Norderelbe hinunter geschleppt ist in den Durchstich, lag nur daran, daß die Beklagte den Kahn an einen dort liegenden Schleppzug anhängen ließ. Die bis dahin tatsächlich gemachte Reise nach Abfertigung mit voller Ladung, auf welcher schon z. B. die im § 37 erwähnten Beiträge zur Großen Haverei sowie Bergungs- und Hülfskosten hätten erwachsen können, war keine selbständige Zureise, sondern ein Teil der Frachtreise, in deren Fortsetzung der Befrachter wegen der Freidampf-Klausel eingegriffen hat. Deshalb war im vorliegenden Fall die Reise schon am 4. August i. S. des § 37 BSchG. angetreten.

Aus dem Inhalt des Frachtvertrages ergibt sich nicht, daß die Parteien den Begriff des Antritts der Reise enger gefaßt haben. Im Gegenteil sind sie sogar von einer weiteren, sich an das Seerecht anlehnenden Auffassung ausgegangen, denn im Frachtschein heißt es bei der Bestimmung, daß der Schiffer sich ‚für die zurückzulegende Reise‘ bis Breslau 6 Wochen anrechnen lassen müsse, daß diese Frist gerechnet werde ‚beginnend mit dem Ablauf des Tages, an welchem ich vollständig beladen und steueramtlich abgefertigt bin‘ (was letzteres hier schon vor dem 4. August geschehen war).

Deshalb steht der § 37 BSchG. dem Kläger zur Seite und sein Anspruch auf Liegegeld bis zum 4. August in der jetzt unstreitigen Höhe von 285 ℳ und auf die volle Fracht abzüglich gezahlter Vorschüsse mit restlich 390,25 ℳ ist begründet. — — —“

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 23. März 1916. W. M. w. K. E. Str. Bf. VI. 298/15. Nö.

II. Verfahren.

173. Der Tatbestand des Urteils muß die Behauptungen der Parteien vollständig ersehen lassen.

ZPO. § 313 Nr. 3.

Die Revision bemängelt zunächst den Tatbestand des Ber.-Urteils als den Anforderungen des § 313 Nr. 3 ZPO. nicht entsprechend. Sie verweist auf einen Beschluß des Ber.-Gerichts v. 17. Mai 1915, durch den auf den Antrag der Beklagten, den Tatbestand zu ergänzen, das Kammergericht zwar feststellt, daß der Inhalt von fünf näher bezeichneten vorbereitenden Schriftsätzen in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist, gleichwohl

aber es ablehnt, diese in dem Urteil selbst fehlende Feststellung in den Tatbestand aufzunehmen, weil dem Erfordernis einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes genügt sei. Dieser Grund geht allerdings fehl. Denn die Kürze und Übersichtlichkeit der Sachdarstellung darf nicht ihrer Vollständigkeit Abbruch tun. Die Parteien haben ein Recht darauf, daß ihre Behauptungen, soweit sie nicht gänzlich abwegig und ohne jede Beziehung zur Entscheidung sind, vollständig in den Tatbestand aufgenommen werden, selbst wenn das entscheidende Gericht sie für unwesentlich hält. Denn nur die Aufnahme in den Tatbestand bietet eine Gewähr dafür, daß sich die Nachprüfung der höheren Instanz auf den ganzen in der Vorinstanz beigebrachten Streitstoff erstrecken kann, es sei denn, daß schon das Sitzungsprotokoll der letzten mündlichen Verhandlung die erforderlichen Feststellungen enthält (§ 314 ZPO.). Letzteres trifft im gegebenen Fall nicht zu. Das Vorbringen der Beklagten in den vorhin erwähnten Schriftsätzen war jedoch keineswegs unerheblich. Wollte daher der Ber.-Richter den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nicht in knapperer Zusammenfassung unmittelbar seiner Sachdarstellung einfügen, so bot ihm die durch § 313 Abs. 2 zugelassene Verweisung ein geeignetes Mittel, dem Vollständigkeitserfordernis unbeschadet der Klarheit und der durch § 313 Nr. 3 gebotenen Gedrungenheit der Darstellung gerecht zu werden. Der Tatbestand des Ber.-Urteils enthielt hiernach Auslassungen i. S. des § 320 Abs. 1, die eine Berichtigung notwendig machten. — — —

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 29. Nov. 1915. S. (Bkl.) w. S. (KG. Berlin). IV. 190/15.

---

174. Zum Begriff der Eidesverweigerung.

Vgl. 43 Nr. 67. 306.
ZPO. § 464 Abs. 2.

Im Einverständnis der Parteien über Norm und Erheblichkeit war für den Beklagten ein Eid in der Wahrheitsform beschlossen worden. Der Eid sollte durch Ersuchen des Amtsgerichts in A. abgenommen werden. Dort erschien im Eidesleistungstermin am 22. Dez. 1914 der Beklagte und erklärte, er könne den Eid in der Wahrheitsform nicht schwören, er bitte, ihn in der Überzeugungsform anzuordnen. Der Amtsrichter sandte darauf die Akten an das Prozeßgericht. Im Verhandlungstermin am 14. Januar 1915 wurde vom Prozeßgericht der Antrag des Beklagten auf Abänderung des Eides in Überzeugungsform abgelehnt und beschlossen, das Amtsgericht erneut um Abnahme des Eides zu ersuchen. Im Termin vor dem Amtsgericht bat der Beklagte nochmals, den Eid in der Überzeugungsform abzunehmen. Über diesen Antrag wurde verhandelt, die Klägerin widersprach aber dem Antrag, wobei sie sich einverstanden erklärte, daß der Beklagte den Eid, wie er gefaßt war, leiste. Nach Ablehnung seines Antrags leistete dann der Beklagte den Eid vorschrift-

mäßig ab. In der Schlußverhandlung beantragte die Klägerin, den Eid für verweigert zu erklären, weil er nicht mehr hätte erhoben werden dürfen, nachdem der Beklagte die Erklärung v. 22. Dez. 1914 abgegeben habe. Dieser Sachverhalt unterliegt der folgenden Beurteilung:

„Nach § 464 Abs. 2 ZPO. hat die Verweigerung der Eidesleistung zur Folge, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Tatsache als voll erwiesen gilt. Für den Begriff der Verweigerung der Eidesleistung gibt die Zivilprozeßordnung keine Vorschriften. Nur das Eine ergibt sich aus den §§ 465—468, daß das Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Eidesleistungstermin nicht eine Verweigerung der Eidesleistung i. S. des § 464 Abs. 2 darstellt, sondern einer besonderen gesetzlichen Regelung unterliegt (vgl. namentlich § 467). Dieser Fall scheidet hier aus. Erscheint der Schwurpflichtige und gibt er Erklärungen ab, so muß das Gericht nach der Gesamtsachlage frei würdigen, ob er i. S. des § 464 Abs. 2 den Eid verweigert habe (so mit Recht Kann ZPO. § 464 Bem. 2 a, bb). Erklärt der Schwurpflichtige schlechthin: „Ich verweigere den Eid", so wird allerdings regelmäßig für eine weitere Auslegung kein Raum sein. Anders aber, wenn, wie hier, der Schwurpflichtige den Eid zwar nicht leisten will, aber noch zusätzliche Erklärungen macht. Der Schwurpflichtige hat hier zwar erklärt, daß er den Eid in der Wahrheitsform nicht schwören könne, aber hinzugesetzt, er bitte, ihn in der Überzeugungsform anzuordnen. Damit hat er nicht endgültig die Eidesleistung ablehnen, sondern nur eine Änderung der Fassung herbeiführen wollen. Dies war prozessual denkbar. Der Eid war zulässiger Weise durch Beschluß angeordnet worden. Dieser Beschluß ist, wie § 461 ausdrücklich sagt, ein Beweisbeschluß, unterliegt also dem § 360 ZPO. Dort ist bestimmt, daß vor Erledigung des Beweisbeschlusses keine Partei eine Änderung desselben auf Grund der früheren Verhandlungen beantragen kann. Dies gilt aber nur für die Partei. Das Gericht kann von einem gefaßten Beschlusse jederzeit abgehen. Es steht auch nichts entgegen, daß eine Partei zu einer solchen Änderung eines Beweisbeschlusses, wenngleich sie kein Recht darauf hat, eine unverbindliche Anregung geben kann. Ob das Gericht auf eine solche Anregung hin nochmals in eine Verhandlung über Beibehaltung oder Abänderung des Beschlusses eintreten will, steht in seinem Ermessen. Hier ist das Gericht insofern auf die Anregung des Beklagten eingegangen, als es noch einmal in eine Verhandlung darüber eingetreten ist und Beschluß gefaßt hat, ob die Eidesnorm zu ändern sei. Das Gericht 1. Instanz hat also die Erklärung des Beklagten v. 22. Dez. 1914 ebenfalls keineswegs als endgültig und als Eidesverweigerung, sondern als eine Anregung zur Änderung des Beschlusses aufgefaßt d. h. so, wie nach der Überzeugung des Ber.-Gerichts die Erklärung des Beklagten v. 22. Dezember 1914 tätsächlich gemeint war.

Dazu kommt noch folgendes. In dem Termin, in welchem über die Frage der Änderung der Eidesnorm verhandelt wurde, hat die Klägerin erklärt,

daß sie zwar der Überzeugungsform des Eides widerspreche, aber einverstanden sei, wenn der Beklagte den Eid in der bereits früher angeordneten Wahrheitsform leiste. Auch die Klägerin selbst hat also damals noch garnicht den Gedanken gehabt, daß der Eid bereits verweigert sei, hat sogar noch in dem späteren zweiten Eidesleistungstermin in R. nichts in dieser Richtung vorgebracht, sondern ist erst später, in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht, auf diesen Gesichtspunkt gekommen. Nachdem sie sich aber der, wenn nicht gebotenen, so mindestens möglichen Auffassung, daß eine Eidesverweigerung nicht vorliege, durch ihr eigenes Verhalten angeschlossen hatte, konnte sie nicht mehr, nach Leistung des Eides, von diesem Standpunkt wieder abrücken. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamm (2. Sen.) v. 7. März 1916. 2 U. 129/15.
F—th.

---

175. Aussichtlosigkeit einer Ehescheidungsstreitigkeit zwischen katholischen österreichischen Staatsangehörigen vor deutschen Gerichten.

Vgl. 31 Nr. 104.

ZPO. §§ 606 Abs. 4, 114; BGB. §§ 1564 ff.; EinfG. Art. 17.

Die beabsichtigte Rechtsverfolgung erscheint aussichtlos, weil der Antragsteller österreichischer Staatsangehöriger und Katholik ist.

Die Zuständigkeit des Hamburger Gerichts für die beabsichtigte Scheidungsklage ist ausgeschlossen, da nach § 606 Abs. 4 ZPO., wenn die Ehegatten Ausländer sind, die Scheidungsklage im Inlande nur erhoben werden kann, falls das inländische Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört, und nach österreichischem Recht die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Scheidungsklagen von Österreichern nicht anerkannt wird:

vgl. auch §§ 76. 100. 104 Jurisdiktionsnorm v. 1. August 1895; § 81 Nr. 3 ExekO. v. 25. Mai 1896; und RG. in JW. 1914, 941.

Materiell könnte auf Scheidung nicht erkannt werden, weil nach Art. 17 EinfG. z. BGB. für die Scheidung der Ehe die Gesetze des Staats maßgebend sind, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört, und nach österreichischem Recht (§ 111 österr. Allgem. Bürgerl. Gesetzb.) das Band der Ehe unauflöslich ist, wenn auch nur ein Teil zur Zeit der Eheschließung der katholischen Religion zugetan war. Auf beständige Trennung von Tisch und Bett aber dürfen deutsche Gerichte auch dann nicht erkennen, wenn nach deutschem Recht die Scheidung der Ehe gerechtfertigt und nach dem Rechte des Staates, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört, nur beständige Trennung von Tisch und Bett zulässig sein würde (vgl. Verein. Zivilsen. des RG Entsch. 55, 345).

Auch mit einer Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575 BGB.) würde der Antragsteller nicht durchdringen können, da auch hierfür nach Art. 17 Abs. 4 EinfG. z. BGB. erforderlich wäre, daß nach österreichi-

schem Recht die Scheidung zulässig wäre, dieses aber, wie bereits ausgeführt ist, hier nicht zutrifft (vgl. Planck Anm. 7 zu Art. 17 EG. z. BGB.).

Beschluß des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 1. Febr. 1916 P. w. P. Bs. Z. II. 11/16. B.

---

176. Die Haftung einer zur Einstellung der Zw.-Vollstreckung geleisteten Sicherheit setzt Verschulden voraus.

Vgl. 61 Nr. 120.
ZPO. § 769; BGB. § 823.

Der Beklagte hatte mit der Behauptung, daß er der Klägerin zu deren Befriedigung eine ihm zustehende Forderung abgetreten habe, die Einstellung der von ihr betriebenen Zw.-Versteigerung seines Wohnhauses beantragt. Das Landgericht hatte die Einstellung gegen Leistung einer Sicherheit angeordnet, und der Beklagte hatte die Sicherheit geleistet. Er hatte dann eine Zw.-Vollstr.-Gegenklage erhoben, war damit aber rechtskräftig abgewiesen worden. Die Klägerin verlangte nun im Wege der Klage die Einwilligung des Beklagten in die Herausgabe der Sicherheit, zur Deckung ihres durch die Einstellung der Zw.-Versteigerung entstandenen Schadens. — Das Landgericht wies die Klage ab. Das Ber.-Gericht gab ihr statt mit folgender Begründung:

„— — — Der Beschluß des Landgerichts auf Einstellung der Zw.-Versteigerung erging auf Grund des § 769 Abs. 1 ZPO. Es wurde der Weiterbetrieb der Zw.-Versteigerung gehemmt. Das Landgericht machte dabei von der Möglichkeit Gebrauch, die Einstellung der Zw.-Versteigerung von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen, die dazu dienen sollte, die Befriedigung der Ansprüche, die sich aus der Einstellung der Zw.-Versteigerung für die Klägerin ergeben würden, zu gewährleisten (Urt. des RG. in SeuffA. 61 Nr. 120). Die Klägerin macht nun auf die Sicherheit Anspruch, weil sie durch die Einstellung der Zw.-Versteigerung geschädigt worden sei. Daß sie dadurch geschädigt worden ist, steht jetzt schon fest. Es ist davon auszugehen, daß das Gebot von 7200 M, das am 30. April 1914 gelegt wurde, auch am 22. Februar 1912 gelegt worden wäre. Es ist auch der Klägerin zu glauben, daß sie am 22. Februar 1912 nötigenfalls bis zum Betrag ihrer Forderung selbst mitgesteigert hätte, denn ihre Forderung betrug damals weniger als 7200 M. In der Zwischenzeit wuchsen aber die Zinsen aus den Hyp.-Forderungen an, die die Klägerin zu beanspruchen hatte, es kamen die durch die Vollstr.-Gegenklage und die Einstellung der Zw.-Versteigerung veranlaßten Kosten sowie die Kosten der weiteren anwaltschaftlichen Vertretung und der Wahrnehmung der weiteren Termine durch den Vertreter der Klägerin dazu. Daß insbesondere die Kosten der Vollstr.-Gegenklage hierher zu rechnen sind, kann einem Bedenken nicht unterliegen, denn die Einstellung der Zw.-Versteigerung erfolgte im Zusammenhang mit der Erhebung der Vollstr.-Gegenklage, die Klägerin mußte den Rechtsstreit durchführen, um die Einstellung der Zw.-Versteigerung zu beseitigen.

Es fragt sich nun, ob die Klägerin berechtigt ist, die vom Beklagten hinterlegte Sicherheit zur Deckung ihres Schadens in Anspruch zu nehmen. Das Ber.-Gericht pflichtet der in dem erwähnten Urteil des Reichsgerichts vertretenen Anschauung bei, daß in einem Fall der hier in Rede stehenden Art eine auf die hinterlegte Sicherheit sich erstreckende Haftung des Schuldners nur begründet ist, wenn ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann. Das Reichsgericht verweist in jener Entscheidung auf den § 823 BGB. Es käme hier nur der Abs. 1 des § 823 in Betracht. Diese Gesetzesbestimmung kann jedoch nicht angewendet werden, weil es sich hier um die Schädigung des Vermögens der Klägerin als solchen handelt und das Vermögen als solches durch § 823 Abs. 1 nicht geschützt wird. Das Reichsgericht konnte aber nur auf den § 823 BGB. verweisen, weil es sich in dem von ihm entschiedenen Fall um eine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. handelte und zwischen dem der Pfändung Widersprechenden und dem Pfändungspfandgläubiger ein Vertragsverhältnis nicht bestand. Anders liegt die Sache in diesem Falle. Hier hatte die Klägerin dem Beklagten gegen die Zusicherung der Hyp.-Bestellung zwei Darlehen gegeben. Zwischen ihnen bestand also ein zweiseitiger Vertrag: die Klägerin hatte die Darlehen zu gewähren, der Beklagte war verpflichtet, die vereinbarten Zinsen zu zahlen und die Darlehen zurückzuerstatten, und er mußte dulden, daß die Klägerin aus dem verpfändeten Anwesen Befriedigung suchte. Auf den jetzt zu entscheidenden Fall sind deshalb die Bestimmungen des 2. Buchs, 1. Abschn., I. Teiles des BGB. anzuwenden. Nach § 242 BGB. war der Beklagte verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Bei der Abwickelung dieses Vertragsverhältnisses hatte er auch die ihm bekannten Interessen der Klägerin zu wahren und sein Verhalten so einzurichten, daß deren Benachteiligung möglichst vermieden wurde (Komm. von RGRäten § 242 Anm. 1). Der Beklagte hat dieser Verpflichtung zuwidergehandelt, als er die Vollstr.-Gegenklage erhob und die Einstellung der Zw.-Versteigerung erwirkte. Durch die Aussage des Notars steht fest, daß die Abtretung der Forderung an die Klägerin nicht rechtswirksam geworden war und daß Beklagter die Rechtsunwirksamkeit der Abtretung kannte. Er wäre jedenfalls verpflichtet gewesen, sich bei dem Notar nach der Rechtswirksamkeit der Abtretung zu erkundigen, um so mehr, als er den ungewöhnlichen Weg eingeschlagen hatte, die Abtretung zu erklären, ohne sich mit der Klägerin über die Abtretung und die Freigabe der veräußerten Grundstücke vom Pfandverbande geeinigt zu haben. Er wußte, daß er mit seinen Maßnahmen die von der Klägerin erstrebte Befriedigung wenigstens zeitweise vereitelte. Dadurch, daß er die Klage erhob und die Einstellung der Zw.-Versteigerung erwirkte, ohne sich erkundigt zu haben, verletzte er zum mindesten fahrlässig seine Vertragspflichten und handelte schuldhaft i. S. von § 276 BGB.

Der Einwand des Beklagten, die Klägerin habe ihren Schaden selbst verschuldet, weil sie es unterlassen habe, die Aufhebung der Einstellung der Zw.-Versteigerung zu beantragen und bei der Versteigerung mitzubieten (§ 254 BGB.), ist nicht begründet. Ein Antrag, die Einstellung der Zw.-Versteigerung aufzuheben, hätte keine Aussicht auf Erfolg gehabt; es wäre ihm entgegengehalten worden, daß die Klägerin durch die geleistete Sicherheit gegen eine Benachteiligung gesichert sei. Jedenfalls steht es dem Beklagten nicht zu, sich auf die Möglichkeit dieses Rechtsbehelfs zu berufen, denn er hätte es am ehesten in der Hand gehabt, durch Zurücknahme seines Antrags auf Einstellung der Zw.-Versteigerung deren Fortbetrieb zu ermöglichen. Die Klägerin (eine Sparkasse) war aber auch nicht verpflichtet, bei der Versteigerung mitzubieten, nur um den Schuldner vor der Inanspruchnahme wegen des Ausfalls zu schützen (RGEntsch. 80, 161, in SeuffA. 69 Nr. 2). — — —

Der Beklagte haftet also der Klägerin für den ihm durch die Erhebung der Vollstr.-Gegenklage und die Erwirkung der Einstellung der Zw.-Versteigerung zugegangenen Schaden und muß gestatten, daß die Klägerin sich an der für sie hinterlegten Sicherheit schadlos hält. — — —"

Urteil des OLG. Bamberg (1. Sen.) v. 18. Dez. 1915. L. 33/15.

Chr.

---

177. Widerspruchsklage der Miterben wider die Pfändung des Anspruchs gegen einen Dritten auf Herausgabe des Nachlasses.

Vgl. 64 Nr. 73 m. N.; 65 Nr. 65 S. 140.

ZPO. § 771; BGB. §§ 2039. 2040.

Der minderjährige, von dem Oberlehrer M. bevormundete Kriegsfreiwillige G. D. ist im Oktober 1914 im Lazarett zu H. ohne Testament verstorben und hat als nächste Verwandte seine Mutter, wiederverehelichte Frau B., und zwei Brüder hinterlassen. Wegen einer Forderung gegen die Mutter erwirkte die Beklagte die Pfändung und Überweisung der angeblichen Forderung der Mutter gegen den Oberlehrer M. auf Zahlung des Nachlaßvermögens ihres Sohnes auf Höhe von 2625,44 ℳ. Die Kläger, die beiden Brüder des Verstorbenen, nahmen als angebliche alleinige Erben die gepfändete Forderung für sich in Anspruch und erhoben Klage mit dem Antrage, die beregte Forderung und Überweisung für unzulässig zu erklären. Dagegen behauptete die Beklagte, daß die Mutter alleinige Erbin geworden sei. — Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrage, weil die Mutter form- und fristgerecht die Erbschaft ausgeschlagen habe. Die Beklagte legte Berufung ein, wobei sie erklärte, daß für die Mutter nicht mehr das alleinige Erbrecht zum Nachlasse ihres Sohnes in Anspruch genommen werde, sondern nur ein Miterbrecht neben den Klägern; daraus ergebe sich aber die Unzulässigkeit der Widerspruchsklage, weil die Pfändung mangels Zustellung an

die Miterben wirkungslos und daher die Widerspruchsklage gegenstandlos sei. — Die Berufung wurde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Der gegen die Zulässigkeit der Widerspruchsklage erhobene Einwand ist unzutreffend. Einerseits kann nicht davon die Rede sein, daß die Pfändung um deswillen formwidrig erfolgt sei, weil zu ihrer Wirksamkeit die Zustellung an die Miterben nötig gewesen sei. Denn gepfändet ist nicht ein Erbteil oder ein Anteil an einer Nachlaßforderung, sondern die Forderung der Frau B. gegen einen Dritten, einen Nichterben, den Oberlehrer M., der als Vormund des Erblassers dessen Hinterlassenschaft in Händen hatte. Die prozessualen Voraussetzungen für die Formrichtigkeit einer Pfändung können sich aber nur darnach richten, was als ihr Gegenstand bezeichnet ist, nicht darnach, was in Rücksicht auf die materielle Berechtigung des Schuldners hätte gepfändet werden müssen. Anderseits hängt die Zulässigkeit einer Widerspruchsklage auch garnicht davon ab, ob die Pfändung formgerecht vorgenommen ist, da derjenige, in dessen Recht durch den Vollstreckungsakt, wenn auch in unvollkommener Weise eingegriffen wird, zur Abwehr berechtigt ist, solange der Eingriff vorliegt (vgl. Stein ZPO. § 771, II, 2 und RGEntsch. 81, 44). Die Beklagte hat aber bisher nicht erklärt, daß sie aus der Pfändung keine Rechte mehr herleiten wolle. Demnach stellt sich die Widerspruchsklage keineswegs als gegenstandlos dar.

Der Umstand, daß die Beklagte für die Frau B., deren angebliche Forderung sie für sich gepfändet hat, nicht mehr ein Alleinerbrecht an dem Nachlaß in Anspruch nimmt, sondern neben dieser die Kläger als Miterben anerkennt, ist aber nach andrer Richtung für die Entscheidung von Bedeutung, jedoch zu ungunsten der Beklagten. Sie hat von dem Standpunkt aus, daß die Frau B. Alleinerbin geworden sei, gepfändet deren Forderung gegen den Verwahrer des Nachlasses, den Oberlehrer M., ‚auf Zahlung des Nachlaßvermögens‘, worin eine ausreichende Bezeichnung für die nach ihrem Vorbringen als rechtlich möglich allein in Betracht kommende Forderung auf Herausgabe der in Händen M.s befindlichen Nachlaßgegenstände gesehen werden mag. Nachdem sie jenen Standpunkt aufgegeben hat und der Frau B. ein Recht auf diese Forderung nur noch kraft eines Miterbrechts zuschreibt, könnte nur in Frage kommen, daß die Frau B. gemäß § 2039 BGB. als Miterbin berechtigt wäre, die Herausgabe an alle Erben zu fordern. Dieser Anspruch steht zwar jedem Miterben selbständig zu und kann von ihm allein klagend verfolgt werden, aber verfügen können über den Anspruch, der einen Nachlaßgegenstand bildet, gemäß § 2040 BGB. die Erben nur gemeinschaftlich. Daraus folgt, daß ebensowenig wie der einzelne Miterbe daran einem Dritten Rechte bestellen kann, aus seinem Rechte heraus für seine Gläubiger durch Pfändung Rechte begründet werden können. Dem steht die Mitberechtigung der andern Erben hindernd entgegen. Da hiernach die Kläger, deren Miterbrecht von der Beklagten nicht beanstandet wird, an der gepfändeten For-

derung ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO. auch dann haben, wenn die Frau B. ebenfalls Miterbin ist, so erweist sich die erhobene Widerspruchsklage ohne weiteres als begründet. Es kann also dahingestellt bleiben, ob die Annahme des 1. Richters, daß Frau B. die Erbschaft rechtswirksam ausgeschlagen habe, zutreffend ist. — — —"

Urteil des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 5. Januar 1916 Ü. w. D. Ue. 19/15. K—n.

---

178. Einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO.; nur das Bedürfnis einer einstweiligen Regelung ist glaubhaft zu machen.

Vgl. 38 Nr. 294; 46 Nr. 158; 52 Nr. 66; 49 Nr. 292.

ZPO. § 940.

Zwischen den Parteien war bei dem Landgericht ein Rechtsstreit anhängig, in welchem der Kläger als Eigentümer des Ritterguts W. gegen die Beklagte als Eigentümerin des Nachbargrundstücks mit dem Antrag klagte, das Befahren des sog. Hahnsweges, soweit er auf W.er Flur liege und von dem Kläger als sein Eigentum bezeichnet werde, zu unterlassen. Als der Rechtsstreit bis zur Entscheidung gewisser verwaltungsrechtlicher Streitpunkte ausgesetzt wurde, hatte kurz zuvor der Inspektor des Klägers den Hahnsweg dadurch unwegsam gemacht, daß er darauf Löcher graben ließ, um in sie Pfähle als Pfeiler für eine den Verkehr auf dem Wege unmöglich machende Schranke einzusetzen. Mit Beziehung hierauf beantragte die Beklagte, dem Kläger durch eine einstweil. Verfügung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits bei Strafe zu verbieten, den Hahnsweg auf W.er Flur unwegsam zu machen, und ihm zugleich aufzugeben, jene Löcher wieder auszufüllen. — Die einstweil. Verfügung wurde durch Urteil erlassen und die Berufung zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es mag dahin stehen, ob die Gründe des angefochtenen Urteils, insbesondere die Ausführungen über das der Beklagten angeblich zustehende ‚subjektiv öffentliche Recht eigener Art' auf Gestattung der Benutzung des Hahnsweges allenthalben zutreffen. Immerhin ist die Entscheidung selbst im Ergebnisse richtig; denn die einstweil. Verfügung durfte in dem beantragten Umfange erlassen werden, weil hier die Voraussetzungen des § 940 ZPO. vorliegen. Bei einer einstweil. Verfügung aus dieser Gesetzesstelle hat der Antragsteller nur darzutun, daß die Regelung des einstweiligen Zustandes aus den dort bezeichneten Gründen nötig ist. Darnach genügt es, wenn er dartut, daß ein streitiges Rechtsverhältnis, für das der Rechtsweg zulässig ist, und ein Bedürfnis für eine einstweilige Regelung vorliegt. Beides trifft hier zu.

Was das streitige Rechtsverhältnis anlangt, so verlangt hier die Beklagte Schutz in dem Besitz ihres Rechtes, auf dem sog. Hahnswege zu fahren, weil ihr der Kläger dieses Recht in dem Prozesse streitig macht. Daß für dieses streitige Rechtsverhältnis der Rechtsweg zulässig ist, kann im Hinblick darauf, daß sich die Beklagte auf den Erwerb einer Fahrgerechtigkeit durch

Ersitzung, also auf eine Grunddienstbarkeit des bürgerlichen Rechts, und zwar im Hauptprozesse zur Rechtsverteidigung auf dem vom Kläger selbst durch Erhebung seiner Eigentumsfreiheitsklage aus § 1004 BGB. beschrittenen Rechtswege stützt, um so weniger zweifelhaft sein, als der ordentliche Rechtsweg selbst bei Streitigkeiten über das Bestehen von Grunddienstbarkeiten an öffentlichen Wegen, also erst recht in dem vorliegenden Falle zulässig ist, wo nur darüber gestritten wird, ob das Recht bestehe, über ein Stück Land zu fahren, das überhaupt kein öffentlicher Weg ist und daher erst recht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein kann. Inwieweit die Beklagte diese Grunddienstbarkeit hinreichend glaubhaft gemacht habe, kann dahinstehen. Denn für den Antrag aus § 940 ZPO. bedarf es der Glaubhaftmachung des Rechtes selbst nicht, weil die Glaubhaftmachung des Rechts nicht einmal immer möglich ist (SeuffA. 46 Nr. 158 S. 247/48).

Was dagegen das Bedürfnis für eine einstweilige Regelung anlangt, so hat der Antragsteller allerdings glaubhaft zu machen, daß die verlangte Regelung nötig sei. Dazu genügt es aber, daß er Verhältnisse dartut, die zu der Annahme berechtigen, es werde der bestehende Zustand zu seinen Ungunsten so verändert, daß es zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus andern Gründen der Anordnung schleuniger Schutzmaßregeln bedarf. Solche Verhältnisse hat die Beklagte dargetan. Der Hahnsweg ist schon seit den 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts zur Bewirtschaftung des Grundstücks der Beklagten mitbefahren worden, und diese hat ihn auch bis in die neueste Zeit dazu benutzt. Erst jetzt, d. h. seitdem es unter den Parteien streitig ist, ob sie das tun darf, benimmt ihr der Kläger die Möglichkeit, den Weg so wie bisher weiter zu benutzen, indem er ihn, abgesehen von den auf Veranlassung des Gutsinspektors gegrabenen Löchern, in seinem oberen Teile eingeebnet und auch neuerdings wieder als Feld bestellt hat. Schon dies genügt, um eine Regelung nötig erscheinen zu lassen, welche weitere Eingriffe des Klägers in den bisherigen Zustand möglichst ausschließt. Das tut die einstweil. Verfügung des Landgerichts, indem sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung weiterer Gewalt dem Kläger einerseits bei Strafe verbietet, den Hahnsweg auf W.er Flur irgendwie unwegsam zu machen, anderseits aber ihm auch aufgibt, die Löcher wieder verkehrssicher zumachen zu lassen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (9. Sen.) v. 2. Febr. 1914. St. w. P. — 9 O. 32/14. F—ch.

179. Die Ausnahme in § 41 Abs. 1 GBO. gilt auch für eine Gesamtnachfolge durch Eingemeindung.

Vgl. 66 Nr. 88.

GBO. § 41 Abs. 1.

Für die Sparkasse der Landgemeinde B. stand im Grundbuch von C. eine Grundschuld von 6000 ℳ eingetragen. Nachdem die genannte Land-

gemeinde der Stadt C. eingemeindet worden war und ihre Selbständigkeit als Gemeinde verloren hatte, erteilte als deren Rechtsnachfolgerin die Stadtgemeinde C. dem Schuldner Quittung und Löschungsbewilligung für den Teilbetrag von 2000 ℳ. Das Amtsgericht machte die Abschreibung dieses Betrages von vorheriger Umschreibung der Hypothek auf die Stadtgemeinde C. abhängig. Die Beschwerde der Stadt wurde zurückgewiesen, und die weitere Beschwerde würde vom OLG. Dresden ebenfalls zurückgewiesen worden sein, wenn nicht wegen der darin liegenden Abweichung von einem Beschluß des preuß. Kammergerichts v. 9. Okt. 1911 (KGEntsch. 41, 213) die Entscheidung des Reichsgerichts gemäß § 79 Abs. 2 GBO. einzuholen gewesen wäre. Das Reichsgericht trat der Auffassung des Kammergerichts bei. — Aus den Gründen:

„— — — Der § 41 Abs. 1 GBO. sieht eine Ausnahme gegenüber der Regel des § 40 GBO., wonach eine Eintragung nur dann erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist, ausdrücklich allerdings nur zugunsten des Erben des eingetragenen Berechtigten vor, und unzweifelhaft stellt sich der § 41 Abs. 1 auch als eine Ausnahmevorschrift dar. Daß indessen der letztere Umstand eine erweiterte Anwendung jener Vorschrift an sich noch nicht hindern würde, erkennt auch das Oberlandesgericht an, indem es zutreffend davon ausgeht, daß ‚die Eigenschaft einer gesetzlichen Vorschrift als einer Ausnahmevorschrift ihre Anwendung auf rechtsähnliche Fälle nicht ausschließe'. Das Oberlandesgericht gelangt aber zu einer dem Kammergericht entgegengesetzten Auffassung deshalb, weil es glaubt, verneinen zu müssen, daß zwischen der auf Erbrecht beruhenden Nachfolge und der durch Eingemeindung vermittelten Nachfolge die erforderliche Rechtsähnlichkeit bestehe, während das Kammergericht das Gegenteil angenommen hat. Das Oberlandesgericht ist jedoch den Beweis für seine Auffassung schuldig geblieben. Daß betreffs der Art und Weise, wie die Rechtsnachfolge in dem einen und dem andern Fall zur Entstehung gelangt, keine Rechtsähnlichkeit besteht, ist offenbar. Aber darauf kommt es nicht an. Entscheidend ist, ob das Ergebnis der Gesamtrechtsnachfolge, wie sie durch eine Eingemeindung bewirkt wird, in Hinblick auf den § 41 Abs. 1 GBO. einen Tatbestand schafft, der dem in jener Vorschrift vorausgesetzten und nach ihr vorauszusetzenden Tatbestande wesensgleich ist, oder ob, anders ausgedrückt, auch im gegebenen Fall diejenigen besonderen Rechtserwägungen zutreffen, die zu der Ausnahmevorschrift geführt haben und ihre innere Berechtigung erweisen. Das ist aber der Fall.

In materieller Hinsicht zunächst besteht zwischen dem Fall einer erbrechtlichen Nachfolge und einer solchen kraft Eingemeindung die Rechtsähnlichkeit, daß in beiden Fällen eine Rechtsnachfolge mit den vollen Wirkungen einer Gesamtrechtsnachfolge stattfindet, und daß auch hier wie dort der Rechtsvorgänger sein Dasein eingebüßt hat. Diese beiden Umstände lassen nun

auch gerade in Hinblick auf die §§ 40. 41 GBO. eine gleichmäßige Behandlung beider Fälle als zulässig erscheinen. Der Ordnungsvorschrift des § 40 liegt der Gedanke zugrunde, daß Mißstände eintreten können, wenn der eingetragene Berechtigte und der nicht eingetragene materiell Berechtigte verschiedene Personen sind, und daß die Rechtssicherheit des Verkehrs dadurch gefährdet sein kann. Eben um diesen Mißständen nach Möglichkeit vorzubeugen, soll durch die Vorschrift des § 40 dafür Vorsorge getroffen werden, daß der Inhalt des Grundbuchs mit der wahren Sachlage in Einklang bleibt, daß also derjenige, welcher über ein Buchrecht verfügt, sich auch durch das Grundbuch als den zur Verfügung Berechtigten ausweist. Wie nun aber durch Verfügungen des Erben des eingetragenen Berechtigten eine Gefährdung der Interessen Dritter, sei es des Sondernachfolgers, sei es des eingetragenen Erblassers, auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Erbe die Verfügung getroffen hat ohne zuvor die Umschreibung auf sich selbst herbeigeführt zu haben, so trifft das nicht minder dann zu, wenn eine Gemeinde über ein Buchrecht ihrer eingetragenen Rechtsvorgängerin verfügt ohne daß zuvor sie selbst als die Berechtigte eingetragen worden ist. Auch hier schlägt die nämliche Tatsache durch, daß die gedachte Gemeinde völlig an die Stelle der in ihr aufgegangenen Gemeinde getreten, und daß die letztere überhaupt untergegangen ist. Daraus ergibt sich also zunächst so viel, daß die materielle Rechtslage auch in Fällen in Frage stehender Art die Befolgung der Regel des § 40 als überflüssig erscheinen läßt, und daß mithin jedenfalls insoweit für die Anwendbarkeit der Ausnahmevorschrift Raum besteht.

Ein weiterer Zweck des § 40 liegt auf dem formalen Gebiet: es soll nämlich durch die Befolgung jener Bestimmung dem Grundbuchrichter die Prüfung der Legitimation erleichtert werden dergestalt, daß er stets aus dem Grundbuch selbst zu ersehen vermag, wer der zur Verfügung Befugte ist. Wie nun aber im Fall der Verfügung eines Erben für diesen zweiten Grund des § 40 keine Stelle ist, so trifft das in gleicher Weise auch in dem Falle zu, wenn eine Gemeinde über das für die eingemeindete Gemeinde eingetragene Recht verfügt. Wie dort, so muß auch hier der Grundbuchrichter den Rechtsübergang selbst ohnehin prüfen, und ist hiernach dem Eintragungsantrag einmal stattgegeben worden, dann ist die Legitimationsfrage endgültig erledigt. Der eingetragene Berechtigte ist ein für alle Mal untergegangen, und der Rechtsnachfolger, der die Verfügung traf, ist gänzlich an seine Stelle getreten.

Für die gleichartige Behandlung der beiden hier in Rede stehenden Fälle spricht somit schließlich positiv die allgemeine Erwägung, daß, wenn die Befolgung der Regel des § 40 in dem einen Fall wie im andern durch kein Bedürfnis geboten ist, es auch als richtig erscheinen muß, von dem Gebot der Vorschrift ebensowohl hier wie dort abzusehen und vielmehr der Ausnahmevorschrift des § 41 Raum zu geben. Denn keinesfalls kann es im Sinn eines vernünftigen Gesetzes liegen, den Verkehr durch an sich unnötige Vorschriften

normaler Art zu belästigen. Und die Ausnahmevorschrift des § 41 Abs. 1 beruht gerade darauf, daß bei dem in ihr ausdrücklich vorgesehenen Falle die vorhergehende Eintragung des Rechtsnachfolgers als zwecklos unterbleiben kann. Durch die Eintragung würde der Buchinhalt unnötig vermehrt werden und entstünden überdies auch unnötige Kosten. Das träfe aber beides in dem einen Fall wie in dem andern zu.

Wollte man anderseits erwägen, ob das Gesetz die Ausnahmevorschrift des § 41 etwa geflissentlich allein auf den Fall habe abstellen wollen, dessen in ihr ausdrücklich gedacht worden ist, so wäre diese Frage schlechthin zu verneinen. Daß der Gesetzgeber im § 41 Abs. 1 nur ‚den Erben' berücksichtigt und so nur ihm die Befreiung vom Eintragungszwange zugestanden hat, erklärt sich daraus, daß an den § 5 preuß. Eig.-Erw.-Gesetzes v. 5. Mai 1872 angeknüpft wurde (vgl. Motive zum BGB. 3, 317), und daß hier nur das Recht des Erben zur Auflassung ohne voraufgegangene Eigentumsberichtigung vorgesehen war. Dagegen ergibt sich aus nichts ein Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber durch die Fassung des § 41 mittelbar jeden andern Rechtsnachfolger als den Erben von der einem solchen gewährten Vergünstigung habe ausschließen wollen. So hat der 5. Zivilsenat in seinem Beschlusse v. 17. Januar 1903 (RGEntsch. 53, 298ff.) auch bereits angenommen, daß die Ausnahmevorschrift auch auf den Fall von Verfügungen des Erbeserben in entsprechender Anwendung zu erstrecken sei. Den Darlegungen dieses Beschlusses, die sich wesentlich an die Entstehungsgeschichte der §§ 40. 41 anschlossen, ist das Kammergericht auch in der von ihm entschiedenen Sache gefolgt.

Das Oberlandesgericht zu Dresden ist nunmehr seinerseits zu dem entgegengesetzten Ergebnisse gelangt, indem es davon ausgeht, daß die Ausnahmevorschrift des § 41 lediglich darauf zurückzuführen sei, daß dem Erben als solchem unnötige Kosten erspart werden sollten, während andre Rechtsnachfolger als Erben auf eine solche Berücksichtigung keinen Anspruch hätten. Andre Gründe für den von ihm angenommenen Mangel an Rechtsähnlichkeit zwischen den beiden hier zur Erörterung stehenden Fällen hat das Oberlandesgericht überhaupt nicht geltend gemacht. Es ist indessen die Meinung, daß nur der Gesichtspunkt, den Erben mit unnötigen Kosten zu verschonen, für die Bestimmung des § 41 maßgebend gewesen sei, an sich irrig. Im übrigen aber darf auch die Auffassung keineswegs Billigung finden, daß das Gesetz gewillt sein könne, andern Beteiligten als den Erben auch unnötige Kosten aufzubürden und an sachlich überflüssigen Beschwerungen des Verkehrs lediglich deshalb festzuhalten, weil andernfalls der Staatskasse eine Gebühr entgehen würde."

Beschluß des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 13. Nov. 1915. V B. 1/15. RJA. 14, 300. Auch in RGEntsch. 87 Nr. 66 S. 284.



I. Bürgerliches Recht.

180. Verstoß gegen die guten Sitten durch entgeltliche Überlassung oder Verschaffung der Leitung eines Krankenhauses?

Vgl. 64 Nr. 181 m. N.
BGB. § 138.

Der Kläger trug sich im Jahre 1910 mit der Absicht, wissenschaftliche Studien zu treiben und wollte aus diesem Grunde die Stellung als leitender Arzt des E.-Krankenhauses zu X., die er seit 12 Jahren inne hatte, aufgeben. Der Beklagte trat mit ihm, als er hiervon erfuhr, in Verhandlungen. Diese führten zu der Vereinbarung, daß der Beklagte dem Kläger als Entschädigung bei der Übernahme der bezeichneten Stellung 5000 ℳ zahlen solle; „ehrenwörtliche Diskretion selbstverständlich". Nach dem Zustandekommen der Vereinbarung verhandelte der Beklagte mit der Verwaltung des Krankenhauses und erhielt von dieser die durch den Weggang des Klägers freiwerdende Stelle für die Zeit vom 1. Januar 1911 an übertragen. Der Kläger forderte jetzt vom Beklagten die Zahlung der 5000 ℳ nebst Zinsen. — Die Klage wurde in 1. und in 3. Instanz abgewiesen. Gründe des Rev.-Urteils:

„Nach der Darstellung des Klägers im Ber.-Verfahren sollten die 5000 ℳ u. a. eine Entschädigung dafür darstellen, daß er dem Beklagten mit dessen Eintritt in die Stelle des Krankenhausleiters eine Reihe von Werten überließ, die er während seiner zwölfjährigen Tätigkeit in der Stellung geschaffen haben will. In dieser Hinsicht hat er ausgeführt, das E.-Krankenhaus sei vom ersten Bett an bis zu dem Umfang, den es mit 45 Betten bei seinem Weggang gehabt, sein Werk gewesen und von ihm unter Aufwendung beträchtlicher eigener Mittel auf diese Stufe der Entwicklung gebracht worden. Ihm habe das Recht zugestanden, einen Teil der Betten mit Kranken zu belegen, für deren Behandlung ihm das Honorar gebührt habe. Das Ber.-Gericht legt diese von ihm für glaubhaft erachteten Behauptungen der rechtlichen Würdigung des Falles zugrunde und meint, daß hiernach zur Beanstandung des Entschädigungsversprechens aus dem Gesichtspunkte der guten Sitten kein Anlaß vorliege. Mit dieser Auffassung wird es den Umständen des Falles nicht gerecht.

Der Kläger ließ es sich, wie seine Ausführungen ergeben, angelegen sein, einen Nachfolger zu finden. Er suchte nach einem solchen in der Zeitung und pflog, nachdem der Beklagte als Bewerber um die Stellung aufgetreten war, mit diesem Verhandlungen. Diese Bemühungen hatten nur Sinn und Zweck, wenn er beabsichtigte, denjenigen, welchen er als seinen Nachfolger ins Auge faßte, der Krankenhausverwaltung zur Anstellung zu empfehlen. In dieser Weise ist er denn auch nach seinem eigenen Anführen später verfahren. Für die Beurteilung des Wertes seines Vorschlags war es von Wichtigkeit, ob er unter Umständen erfolgte, die seine Unparteilichkeit in Frage stellten. Ließ sich der Kläger dafür, daß er die von ihm bekleidete Stelle aufgab und dadurch einem andern Arzt den Eintritt in diese ermöglichte, eine Entschädigung versprechen, so wurde die Unbefangenheit seines Urteils über den Versprechenden und die Zuverlässigkeit der Empfehlung leicht beeinträchtigt. Die Krankenhausverwaltung hatte deshalb ein erhebliches Interesse daran, daß sie von dem Abkommen der Parteien Kenntnis erhielt. Die Mitteilung hiervon war für sie von um so größerer Bedeutung, als es sich um die Stelle des Krankenhausleiters handelte, die ein besonderes Maß von wissenschaftlicher und sittlicher Befähigung voraussetzte und deren sachgemäße Besetzung wegen des erhöhten Vertrauens, das vom Publikum Ärzten in dieser Stellung entgegengebracht wird, zugleich im öffentlichen Interesse lag. Verabredeten daher die Parteien, die sich hierüber nicht im unklaren befinden konnten, die Geheimhaltung des Übereinkommens, so setzten sie sich hierdurch mit den Anforderungen in Widerspruch, die vom Standpunkt des sittlichen Empfindens der Gesamtheit aus an ihr Verhalten zu stellen sind. Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß sie zur Vermeidung des Anscheins, die Empfehlung des Beklagten durch den Kläger sei verkauft, auf das Versprechen der Geheimhaltung großen Wert legten und ohne das Versprechen die Vereinbarung über die Zahlung der 5000 ℳ nicht getroffen haben würden. Die Nichtigkeit des Versprechens hat daher die Nichtigkeit des Entschädigungsabkommens zur Folge (§ 139 BGB.).

Der Kläger behauptet allerdings, daß die 5000 ℳ zugleich auch eine Entschädigung für die von ihm beim Suchen nach einem Nachfolger aufgewendeten Einrückungsgebühren und für gewisse bauliche Herstellungen im Krankenhause sowie für Anschaffungen habe sein sollen, die er mit seinen Mitteln bewirkt habe und in deren Genuß der Beklagte getreten sei. Wäre dies auch zutreffend, so würde es an der rechtlichen Beurteilung nichts ändern. Die Aufwendungen kamen dem Beklagten erst mit der Erlangung der Stelle zugute. Ohne diese gewährten sie ihm keinen Vorteil. Unter den Gegenleistungen des Klägers kam deshalb dessen Rücktritt von der Krankenhausleitung die überwiegende Bedeutung zu. Das Abkommen muß daher auch unter diesem Gesichtspunkt als ein unteilbares Ganzes betrachtet und in seinem vollen Umfang als nichtig angesehen werden.

Hiernach war der Revision stattzugeben, ohne daß erst noch zu untersuchen war, ob auch die Verpfändung des Ehrenwortes für die Erfüllung des Geheimhaltungsversprechens der Gültigkeit des Zahlungsversprechens im Wege stehe."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 10. Dez. 1915. D. (Bkl.) w. K. (OLG. Cassel). III. 220/15.

---

181. Verabredung von Unternehmern über gemeinsames Vorgehen bei öffentlichen Verdingungen; Verstoß gegen die guten Sitten?

Vgl. 63 Nr. 197 m. N.; 64 Nr. 64; 65 Nr. 45.
BGB. § 138 Abs. 1.

Der klagende Bund der Baugeschäfte von Bremen und Umgegend ist ein in das Vereinsregister eingetragener rechtsfähiger Verein. Die Mitgliederversammlung hat am 9. Januar 1913 durch Beschluß die Angebots-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen festgestellt, durch welche es den Mitgliedern zur Pflicht gemacht ist, bei öffentlichen Verdingungen für jedes Angebot besondere Kosten aufzuschlagen und zu berechnen, welche den bei der Vergebung ausfallenden Bewerbern, sofern sie Mitglieder des Bundes sind, zugute kommen. Weiter soll die den Zuschlag erhaltende Firma die eingerechneten Beträge der Geschäftsleitung des Bundes überweisen, die den ausfallenden Firmen die Beträge auszahlt. — Der Kläger forderte auf Grund dieses Beschlusses von der verklagten Baufirma die Zahlung derartiger angeblich geschuldeter Gebühren. Die Einrede, daß die Abmachung den guten Sitten zuwiderlaufe, wurde in beiden Instanzen zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Der Verstoß gegen die guten Sitten soll einmal darin liegen, daß durch übermäßige Preistreibereien die Besteller gezwungen würden, außer den für die Arbeiten selbst von den Bewerbern eingesetzten Preisen noch oft sehr erhebliche Aufschläge zu zahlen, welche für Personen bestimmt seien, die mit der Ausführung der Arbeiten garnichts zu tun hätten. Sodann aber sei der Beschluß auch im Verhältnis der verschiedenen an der Verdingung selbst Beteiligten unter einander sittenwidrig, weil sehr viele Unternehmer Gebote einreichten, die überhaupt nicht ernstlich gemeint seien und nur deshalb abgegeben würden, weil die Bewerber mit geringer Mühe in der sicheren Gewißheit, den Zuschlag nicht zu bekommen, einen guten Verdienst für sich einstecken wollten. Dadurch würde den ernstlichen Bewerbern die sichere Grundlage für die Bemessung der zu fordernden Preise entzogen, weil ihnen (nicht) erst im letzten Augenblick vor Ablauf der Bewerbungsfrist von der Klägerin die Zahl der an der Verdingung teilnehmenden Bundesmitglieder mitgeteilt würde.

Was den ersten Punkt anlangt, so könnte eine Anfechtbarkeit höchstens im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer in Frage kommen, auf

welche sich die Beklagte nicht berufen könnte. Aber auch in dieser Beziehung ist eine Anfechtung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht gegeben. Der klagende Bund ist eine größere Vereinigung und zählt unstreitig etwa 300 Baufirmen in Bremen, d. h. etwa $2/3$ aller bremischen Baufirmen, zu seinen Mitgliedern. Ähnliche Verbände bestehen in allen Teilen Deutschlands. Nun ist durch den Beschluß v. 9. Januar 1913 allen Vereinsmitgliedern zur Pflicht gemacht, bei Beteiligung an öffentlichen Verdingungen und auch sonst bei Einreichung von Bauangeboten an Besteller nur Angebote mit der Aufschrift ‚Auf Grund der Angebots-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen des Bundes der Baugeschäfte‘ einzureichen. Sollte selbst diese Vorschrift nicht in allen Fällen innegehalten werden, so ist es doch nicht zweifelhaft, daß die Bedingungen des Klägers in Baukreisen bekannt sind. Die Besteller wissen also, daß sie die Gebühren als Aufschlag zu den Kostenanschlägen zu zahlen haben. Beklagte hat ihre Behauptung, daß durch ein solches Verfahren die Besteller planmäßig irregeführt und ausgebeutet würden und übermäßige Preise zu zahlen hätten, in keiner Weise mit Beispielen zu belegen vermocht. Es ist daher nicht bewiesen, daß das von dem Kläger bei Verdingungen geübte und seinen Mitgliedern zur Pflicht gemachte Verfahren in irgendwie in Betracht kommender und erheblicher Weise zu Unzuträglichkeiten zwischen Bestellern und Unternehmern geführt hätte.

Aber auch die weitere Begründung des Einwandes der Sittenwidrigkeit kann nicht durchschlagen. Offensichtlich beruht der von der Beklagten angefochtene Beschluß des Klägers v. 9. Januar 1913 auf der Erwägung, daß es unbillig sei, wenn die unberücksichtigten Bewerber bei Verdingungen für ihre oft mühevolle Arbeit und beträchtlichen Auslagen keine Entschädigung erhielten. Derartige Entschädigungen erhalten die Bewerber nämlich durchschnittlich nicht von den Bestellern, die sich in der Regel die Unentgeltlichkeit der Angebote vertragmäßig ausbedingen. Wenn sonach der angefochtene Beschluß seine Entstehung einem berechtigten und schutzbedürftigen wirtschaftlichen Bedürfnis verdankt und auch bei ordnungmäßiger Anwendung zu nicht zu beanstandenden Ergebnissen führt, so schließt das natürlich nicht aus, daß in vereinzelten Fällen die Bestimmungen des Beschlusses von gewissenlosen Bewerbern ausgebeutet und mißbraucht werden. Eine solche mißbräuchliche Handhabung wird durch eine wirksame Aufsicht abseiten der Klägerin, welche die Angebote sammelt, ohne Zweifel beseitigt werden können, ganz abgesehen davon, daß die Anforderungen, welche an Kostenanschläge und Angebote bei Vergebungen von Bauten abseiten der Besteller gestellt werden, durchweg derartig sind, daß nicht ernsthafte Bewerber schon aus diesem Grunde in den ihnen zukommenden Beträgen keine ausreichende Entschädigung für ihre immerhin aufzuwendende Mühe finden und schon deshalb von der Teilnahme an der Bewerbung absehen werden. Es ist ferner zu berücksichtigen, daß bei Privatarbeiten der Kreis der Bewerber durch-

schnittlich ein begrenzter ist. Es finden bei Privatbauten meist keine öffentlichen Verdingungen statt, sondern der Besteller setzt sich mit den von ihm in Aussicht genommenen Bewerbern unmittelbar in Verbindung. Hier wird also im Durchschnitt jeder Bewerber seine Mitbewerber persönlich kennen, und die von der Beklagten gerügten Mißstände fallen ohne weiteres fort. Der Umstand, daß bei Staatsbauten in gewissem Umfange für den einzelnen Bewerber die Zahl der Bewerber nicht zu übersehen war, hat dazu geführt, die Bestimmungen des Beschlusses v. 9. Januar 1913 betr. die Verdingungsgebühren in einer den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragenden Weise dahin abzuändern, daß für Staatsbauten ein feststehender Pauschalbetrag aufgeschlagen wurde. So entstand die vorliegende neue Fassung des Beschlusses v. 12. März 1914. Daraus folgt, daß gewisse leicht zu beseitigende Mißstände nicht dazu führen können, den an und für sich nicht zu beanstandenden Beschluß aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten zu beseitigen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 6. April 1916. Bund der Baugeschäfte von Br. u. Umg. w. M. & B. Bf. VI. 412/15. Nö.

---

182. Ist der Schiedsgutachter verpflichtet, das gegen seine Stimme beschlossene Gutachten zu unterzeichnen?

Vgl. 70 Nr. 121 m. N.
BGB. § 317; ZPO. § 1025.

Das in Bd. 70 Nr. 121 mitgeteilte Urteil ist vom Reichsgericht aufgehoben worden. Aus den Gründen:

„— — — Zu beanstanden ist zunächst, daß das Ber.-Gericht es unentschieden läßt, ob auf Grund des § 11 des Vertrages von 1906 Schiedsrichter oder Schiedsgutachter ernannt werden sollen und ernannt sind. Die Annahme des angefochtenen Urteils, es sei bei der Gleichheit der Pflichten beider rechtlich bedeutunglos, ob das Klageverlangen gegen den Beklagten in seiner Eigenschaft als Schiedsrichter oder als Schiedsgutachter gerichtet werde, wird von der Revision mit Recht als nicht zutreffend angegriffen. Es ist dabei nicht beachtet, daß die rechtliche Stellung des Schiedsrichters den Streitteilen gegenüber eine andre ist als die des Schiedsgutachters. Das sog. Rezeptum ist, wie in dem Urteil des Reichsgerichts v. 29. Nov. 1904 (Entsch. 59, 247) ausgeführt ist, ein Vertrag eigener Art, welcher dem Schiedsrichter, da er über den Parteien stehend einen Rechtsstreit gleich wie der Staatsrichter entscheiden soll, eine Stellung einräumt, wie sie weder beim Auftrage, noch bei dem Dienst- oder Werkvertrage des Bürgerl. Gesetzbuchs zu finden ist. Diese besondere Stellung haben die Schiedsgutachter nicht. Ihre vertraglichen Beziehungen zu den Parteien, für die sie ein Gutachten erstatten sollen, sind nicht von vornherein schon durch einen Vertrag besonderer Art geregelt,

sondern ergeben sich erst aus den mit ihnen getroffenen Vereinbarungen; diese können in verschiedenen Vertragsarten zum Ausdruck gebracht sein und müssen deshalb nach der Lage des einzelnen Falls beurteilt werden. Nur für das Rezeptum ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Klage beider Parteien auf Erfüllung und damit auch auf unterschriftliche Vollziehung eines Schiedsspruchs zugelassen. Wenn es sich hier um Bestellung von Schiedsrichtern nicht handelt, sind deshalb aus dieser Rechtsprechung dem Beklagten ungünstige Folgerungen nicht herzuleiten. Von der Prüfung, ob die drei hier in Betracht kommenden Personen zu Schiedsrichtern bestellt oder ob sie zu Schiedsgutachtern ernannt sind, darf daher nicht abgesehen werden. Diese Frage kann aber, da es in dieser Beziehung weiterer tatsächlicher Erörterungen nicht bedarf, vom Rev.-Gericht entschieden werden und zwar dahin, daß, obwohl der § 11 des Vertrags von einem Schiedsgericht und von Schiedsrichtern spricht, doch ein Schiedsvertrag i. S. des § 1025 ZPO. nicht geschlossen ist und deshalb auch nicht Schiedsrichter, sondern Schiedsgutachter ernannt und in Tätigkeit getreten sind.

Nach der Vertragsbestimmung soll schiedsgerichtliche Entscheidung darüber getroffen werden, ob, wenn das Kaliwerk Grundstücke nördlich der Chaussee C.—E. in Anspruch nehmen will, ein zwingender Fall hierfür vorliege. Dem Schiedsgericht ist damit nicht, wie dies § 1025 ZPO. zur Voraussetzung hat, die Entscheidung eines Rechtsstreits durch einen den Streit erschöpfenden, dem Urteile des ordentlichen Richters gleichen Spruch übertragen, sondern es soll nur über eine tatsächliche Vorfrage entscheiden. Die Folgerungen, welche sich aus der Bejahung oder Verneinung dieser nur ein Element der Entscheidung bildenden Frage ergeben, sind von den Schiedsrichtern nicht zu ziehen. Erst die Folgerung aber, daß das in Anspruch genommene Grundstück dem Kaliwerke zu dem im Vertrage bestimmten Preise zu überlassen sei oder nicht, entscheidet den Streit. Dem sog. Schiedsgericht ist nur das Befinden darüber übertragen, ob das Kaliwerk zur Fortführung seines Unternehmens des betreffenden Grundstücks aus zwingenden Gründen bedarf. Eine sich hierüber verhaltende Äußerung ist lediglich ein nach Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse erstattetes Gutachten. Bloße Gutachten aber können durch Parteivereinbarungen zu Schiedssprüchen nicht gemacht werden.

Hiernach ist mit der Revision das Vorliegen eines Schiedsvertrages und damit auch die Bestellung des Beklagten zum Schiedsrichter zu verneinen. Nicht zu folgen aber ist den sich daran anknüpfenden Ausführungen der Revision, daß dann auch, da der Beklagte unstreitig vom Kaliwerke zum Schiedsgutachter ernannt ist, der Kläger überhaupt nicht zu ihm in ein vertragliches Verhältnis getreten sei. Vielmehr ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Ber.-Gericht annimmt, der Beklagte habe damit, daß er sich bereit erklärt habe, bei der Entscheidung der nach dem Vertrage von drei Personen zu prüfenden Streitfrage mitzuwirken, nicht nur dem Streitteil, der ihn zu-

gezogen hat, sondern beiden Teilen gegenüber die Verpflichtung übernommen, die der zusammengetretenen Kommission gestellte Aufgabe durchzuführen. Diese Auffassung entspricht, mag mit den Gutachtern ein Auftragsverhältnis eingegangen oder ein Dienst- oder Werkvertrag geschlossen sein, der Lage der Sache und nicht willkürlich, sondern nur, wenn dies nach dem eingegangenen, Vertragsverhältnis gerechtfertigt ist, darf der Beklagte seine zugesagte weitere Mitwirkung verweigern.

Weiter ist auch darin dem Ber.-Gericht beizutreten, daß in einem Falle, wie der vorliegende ist, schriftliche Begutachtung stillschweigend verlangt und zugesagt ist. Dagegen entbehrt die hieraus hergeleitete weitere Folgerung des angefochtenen Urteils, der Beklagte dürfe deshalb die unterschriftliche Vollziehung des nach dem Beschlusse der Mehrheit in dem Schriftstücke v. 7. Januar 1914 abgefaßten Gutachtens, weil er abweichender Ansicht sei, nicht verweigern, bisher einer sie stützenden Grundlage.

Für das schiedsgerichtliche Verfahren ist allerdings in § 1038 ZPO. angeordnet, daß bei einem von mehreren Schiedsrichtern zu erlassenden Spruche die absolute Mehrheit der Stimmen entscheidend ist, sofern nicht der Schiedsvertrag ein andres bestimmt. Für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf mehrere bestellte Gutachter bietet das Gesetz aber keinen Anhalt. Vielmehr ordnen gegenteilig die von der Bestimmung einer Leistung durch Dritte handelnden §§ 317ff. BGB. an, daß, wenn mehrere Personen über eine Leistung entscheiden sollen, diese Personen eine Einheit darstellen. Abgesehen von der bei der Bestimmung von Summen zugelassenen Durchschnittsberechnung soll, sofern nichts andres verabredet ist, nur eine übereinstimmend abgegebene Erklärung für die Vertragschließenden von entscheidender Bedeutung sein.

Aus diesen Bestimmungen ist zu entnehmen, wenn sie auch nicht unmittelbar von Gutachtern sprechen, daß bei Berufung mehrerer Personen zu einer Entscheidung über eine Vertragsleistung die Maßgeblichkeit eines bloßen Mehrheitsbeschlusses vom Gesetze an sich nicht anerkannt wird. Eine für Gutachter etwas andres aussprechende Gesetzesvorschrift ist vom Ber.-Gericht nicht angeführt, es nimmt ohne weiteres an, daß der Beklagte sich der Mehrheit zu fügen habe. Das beschwert, da es an einem Anhalt dafür fehlt, den Beklagten und es bedarf in dieser Beziehung noch weiterer Erörterungen und Feststellungen. Diese haben sich darauf zu erstrecken, ob, da es sich hier nicht um zwingendes Recht handelt, zunächst die im § 11 des Vertrages getroffene Vereinbarung dahin auszulegen sei, daß sich die Vertragschließenden dem Mehrheitsbeschlusse der drei zur Entscheidung der Frage, ob ein zwingender Fall vorliege, berufenen Personen haben unterwerfen wollen oder ob nur eine übereinstimmende Begutachtung hat maßgebend sein sollen.

Bei der Auslegung des Vertrages im ersteren Sinn wird dann weiter zu prüfen und zu entscheiden sein, wie dem Beklagten die Begutachtung über-

tragen und wie sie von ihm übernommen ist, ob er nur ein von der Auffassung der beiden andern zur Entscheidung berufenen Personen unabhängiges Gutachten hat erstatten oder ob er gegebenenfalls sich einem Mehrheitsbeschlusse hat fügen wollen. Wird letzteres angenommen und soll daraus die Verpflichtung des Beklagten zur Vollziehung des Schriftstücks v. 7. Januar 1914 gefolgert werden, so wird vor der Entscheidung noch zu erörtern sein, ob der Beklagte durch die Verweigerung seiner Unterschrift von dem Vertrage zurückgetreten sei und ob er zu dem Rücktritt nach der von ihm gegebenen Darstellung der Vorgänge oder aus sonstigen Gründen berechtigt war. Dabei bedarf es der Prüfung, welcher der schon erwähnten Vertragsarten die rechtlichen Beziehungen der Parteien zu unterstellen sind und wie sich danach das Kündigungs- und Rücktrittsrecht des Beklagten gestaltet. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 18. Juni 1915. T. (Bkl.) w. R. (OLG. Celle). VII. 74/15. RGEntsch. 87 Nr. 43 S. 191.

---

183. Nichtigkeit der Abtretung künftiger Forderungen bei ungenügender Bestimmtheit.

Vgl. 59 Nr. 178 m. N., 179; 64 Nr. 25; 69 Nr. 221 S. 414; auch 69 Nr. 92 m. N. BGB. § 398.

Der Grundeigentümer V. hatte am 25. April 1912 die Mieten seines Grundstücks zur Sicherheit für einen gewährten Vorschuß im Betrage von 23000 ℳ an den Beklagten abgetreten. Am 4. Juli 1913 trat V. die Mieten desselben Grundstücks an den Kläger zur Sicherheit für eine Hypothekenforderung von 40000 ℳ ab mit dem Zusatz, daß der Kläger die Abtretung den Mietern erst vorlegen werde, wenn die Auszahlung gekündigter Hypotheken und die Zahlung der fälligen Zinsen vom Grundeigentümer nicht erfolgt sei. Am 4. Februar 1914 endlich trat der Beklagte einen Teil der ihm abgetretenen Mieten an die Nebenintervenienten weiter ab. Der Beklagte ist im Juli 1914 aus den Mieten in voller Höhe der von V. geschuldeten 23000 ℳ befriedigt worden. Zu den abgetretenen Mieten gehörte auch ein Mietbetrag von 894,02 ℳ, der bei der Hinterlegungsstelle hinterlegt worden war. Kläger forderte die Einwilligung des Beklagten in die Auskehrung des Betrages an ihn. — Die Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen. Aus den Gründen:

„Der Kläger stützt seinen Anspruch auf die Zession vom 4. Juli 1913, wonach der Grundeigentümer V. ihm ‚vom 1. Juli 1913 ab alle Rechte und Ansprüche auf Zahlung der Mieten für das V.sche Grundstück, und zwar sowohl auf Grund der jetzt bestehenden wie auch auf Grund aller noch in Zukunft zu schließenden Mietverträge abgetreten' hat, jedoch mit der Bestimmung, daß ‚Kläger die Zession den Mietern erst vorlegen werde, wenn

die Auszahlung gekündigter Hypotheken und die Zahlung der fälligen Zinsen vom Grundeigentümer nicht erfolgt' sei. Darnach sollte also der Zedent V. die Mieten zunächst selbst von den Mietern einziehen, und zwar für eigene Rechnung, und das Recht des Klägers auf die Mieten erst dann eintreten, wenn V. mit der Auszahlung gekündigter Hypothekenzinsen und fälliger Zinsen im Rückstand sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Abtretung schon deshalb der Rechtswirksamkeit entbehrt, weil die Verfügung über die abgetretene Forderung nicht sofort auf den Kläger übergehen sollte, sondern der Übergang von einer Bedingung abhängig gemacht worden war (vgl. RGEntsch. 37, 103. 106; JW. 1914, 830[6]). Denn schon aus einem andern Grunde ist diese Abtretung ungültig. Sie betrifft zukünftige Forderungen. Eine solche Abtretung ist in Übereinstimmung mit der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung an sich als zulässig anzusehen. Aber mit Recht verlangt ebendieselbe Rechtsprechung als Voraussetzung für die Gültigkeit der Abtretung eine genügende Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen;

RGEntsch. 67, 167, (SeuffA. 64 Nr. 25); 75, 228.

Wenn nun auch die Mieten, auf die sich die Abtretung bezieht, im vorliegenden Fall einzeln aufgeführt worden sind, so schafft doch die Abrede, daß der Kläger die Zession den Mietern gegenüber erst dann geltend machen solle, wenn der Grundeigentümer mit seiner Hypothekenrückzahlung oder Zinszahlung im Rückstande sei, einen Zustand der Unsicherheit, der die ganze Abtretung als ungültig erscheinen lassen muß. Der Zeitpunkt, von dem ab die Mieten wirklich an den Kläger übergehen sollen, ist von vornherein ganz unbestimmt und hängt auch von Umständen ab, die den Schuldnern der Mieten wie den Gläubigern der Parteien ganz unbekannt sind. Es kommt hinzu, daß der Grundeigentümer die Mieten schon vorher an den Beklagten abgetreten hatte, und daß durch das Zusammentreffen der beiden Abtretungen die Unbestimmtheit der zweiten Abtretung noch verstärkt wird. Derartige, im einzelnen nicht genau bestimmte und im voraus nicht bestimmbare Abtretungen zukünftiger Forderungen können im Interesse der Rechtssicherheit nicht als zulässig angesehen werden. Sie schaffen unklare Verhältnisse, die infolge der mangelnden Klarheit nicht nur dem neuen Gläubiger, sondern vor allem auch den Schuldnern der abgetretenen Forderungen und den Gläubigern der Parteien schaden können.

Deshalb kann das Recht solche unbestimmte Abtretungen als gültig nicht anerkennen und mußte die Klage abgewiesen werden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 13. Jan. 1916. M. (Kl.) w. Sch. u. Gen. Bf. VI. 243/15. Nö.

184. Wann liegt ein Gesamtgläubiger-Verhältnis vor? Aufrechnung gegen ein solches*.

(*Vgl. 70 Nr. 124 m. N.)

BGB. § 428; 719 Abs. 2.

Die beiden Beklagten hatten gegen den Kläger eine Forderung für Malerarbeiten eingeklagt. Es war dann zwischen den Parteien ein Vergleich geschlossen worden, nach welchem der Kläger den Beklagten u. a. 200 M zu Händen ihres Anwalts zu zahlen hatte. Später trat der Drogenhändler W. dem Kläger eine ihm angeblich gegen den Erstbeklagten für geliefertes Farbenmaterial zustehende Forderung ab. Der Kläger wollte nun mit der ihm abgetretenen Forderung gegenüber der den Beklagten aus dem Vergleich zustehenden Forderung aufrechnen und klagte auf Feststellung, daß die Vollstreckung aus dem Vergleich unzulässig sei, sowie auf Herausgabe des Schuldtitels. Die Beklagten bestritten, daß die abgetretene Forderung zu Recht bestehe und eine Aufrechnung mit der Vergleichsforderung zulässig sei. — Das Landgericht gab der Klage statt; in 2. Instanz wurde sie abgewiesen. Gründe:

„Der Rechtsauffassung des Landgerichts kann nicht beigepflichtet werden. Haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist nach der Vorschrift des § 420 BGB. jeder Gläubiger im Zweifel nur zu einem gleichen Anteil berechtigt. Während für mehrere Schuldner im Gesetze schon dann ein Gesamtschuldverhältnis vermutet wird, wenn die gemeinsame Verpflichtung auf einem Vertrage beruht (§ 427 BGB.), ist etwas entsprechendes nicht auch für die Mitberechtigung festgesetzt worden. Ein Gesamtgläubigerverhältnis liegt vielmehr nur dann vor, wenn nach Lage des Falles jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (§ 428 BGB.). Fälle dieser Art sind im Rechtsverkehr selten (vgl. Staudinger BGB. § 428 Anm. 1 a. E.). Der Umstand, daß die Mitberechtigung auf Vertrag beruht oder daß die Leistung an den Anwalt der Berechtigten erfolgen soll, reicht nicht aus, um eine Absicht der Parteien auf Begründung eines Gesamtgläubigerverhältnisses anzunehmen.

In Wahrheit beruht aber die Entscheidung des Rechtsstreits auf andern Rechtsgrundsätzen. Die Beklagten haben ihr Malergeschäft gemeinsam betrieben, wie die im Vorprozeß beigebrachten Schriftstücke, insbesondere der Vertrag und die Rechnungen, ausweisen. Mindestens aber bestand für die Beschaffung der vom Kläger bestellten Arbeiten ein Gesellschaftsverhältnis. Daraus folgt, daß, dem Charakter des Gesamthandverhältnisses entsprechend, der Forderung der Beklagten gegenüber nicht mit einer Forderung aufgerechnet werden konnte, die dem Kläger als Schuldner gegen einen der Beklagten zustand (§ 719 Abs. 2 BGB.). Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht die beiden Beklagten dem Drogenhändler W. aus der Bestellung und Lieferung des Farbenmaterials haften. Abgetreten hat W. jedenfalls nur die gegen den Erstbeklagten ihm zustehende Forderung.

Somit war die Aufrechnung gegenüber der Vergleichsforderung unwirksam. Die Beklagten haben das Recht, den Vergleich gegen den Kläger vollstrecken zu lassen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 19. Febr. 1916. H. (Kl.) w. C. S. und W. S. Bf. VI. 308/15. Nö.

---

185. Kein Kündigungsrecht des Vermieters oder Verpächters aus § 554 BGB. bei Rückständigkeit eines nur unerheblichen Teils einer Zinsrate.

BGB. § 554.

— — — Die Vorschrift des § 554 BGB. darf nicht dazu führen, den Mieter auch dann einer fristlosen Kündigung auszusetzen, wenn es sich nur um unerhebliche Teile einer Mietzinsrate handelt (vgl. RGEntsch. 82, 54). Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Vermieter auch auf einen geringfügigen Rückstand sich sollte berufen dürfen. Das Ber.-Gericht verneint einen Verstoß gegen Treu und Glauben nur deshalb, weil es den Betrag von 10 ℳ, mit dem nach seiner Annahme der Beklagte für das dritte Vierteljahr mindestens im Rückstande war, dem Rückstande für das zweite Vierteljahr einfach hinzurechnet und dann den Gesamtbetrag für nicht gering erklärt. Das entspricht nicht dem Sinn des § 554 BGB. Das Gesetz fordert ausdrücklich Verzug mit der Entrichtung von zwei Raten. Die Frage, ob ein Teilrückstand zu geringfügig sei, um eine Kündigung zu rechtfertigen, ist daher nach dem Verhältnisse des rückständigen Teilbetrages zu der betreffenden Rate, nicht nach dem Gesamtbetrag der Rückstände aus beiden Raten zu beurteilen. Daß aber ein Betrag von 10 ℳ gegenüber einem Zinsbetrag von 1062 ℳ 50 ₰ so geringfügig ist, daß nach Treu und Glauben der Vermieter zur Begründung der fristlosen Kündigung sich auf einen solchen Rückstand nicht stützen darf, ist ohne weiteres anzuerkennen. — — —

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. März 1915. Kn. (Bkl.) w. St. (KG. Berlin). III. 565/14. Auch in RGEntsch. 86 Nr. 82 S. 334.

---

186. Feuerversicherung auf Gegenseitigkeit; über die Gültigkeit satzungwidriger Versicherungsgeschäfte gegen feste Prämien nach § 21 Abs. 2 PrivVersUntG.

PrivVersUntG. v. 12. Mai 1901 (RGBl. 139) § 21 Abs. 2.

Der Kläger hatte im August 1914 zwei Getreidemieten für die Zeit vom 4. August bis 4. Oktober 1914 bei der Beklagten gegen Feuersgefahr versichert. Am 21. August 1914 brannten die Mieten ab. Der Kläger forderte Zahlung von 4450 ℳ nebst Zinsen. In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen, während in 2. Instanz der Anspruch dem Grunde nach für gerecht-

fertigt erklärt wurde. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Die Beklagte ist ein Versich.-Verein auf Gegenseitigkeit und unterliegt als solcher den Bestimmungen des 3. Abschn. des Ges. über die privaten Versich.-Unternehmungen v. 12. Mai 1901. Nach § 21 Abs. 2 dieses Gesetzes dürfen Versich.-Vereine auf Gegenseitigkeit Versich.-Geschäfte gegen feste Prämien in der Art, daß die Versicherungnehmer nicht Mitglieder des Vereins werden, nur betreiben, soweit die Satzung dies ausdrücklich gestattet. Der vom Regierungspräsidenten genehmigte, die Satzung und die allgemeinen Versich.-Bedingungen umfassende Geschäftsplan der Beklagten läßt den Abschluß derartiger Versich.-Geschäfte in bestimmtem Umfange zu, insofern nach § 15 Allg. Versich.-Bedingungen Mitglieder gewisse Gegenstände, darunter Getreide, Heu und Stroh in Mieten (Schobern) während des Laufs der Versich.-Periode monateweise zu festen Beiträgen — gegen feste Prämien — nach besonderem Tarif versichern können. Danach können solche Verträge nur mit Mitgliedern geschlossen werden. Der Kläger hat nun im August 1914 einen Versich.-Vertrag gegen feste Prämien über zwei Getreidemieten mit der Beklagten abgeschlossen, er war jedoch damals nicht mehr Mitglied der verklagten Gesellschaft, der Vertrag hätte mithin nicht abgeschlossen werden dürfen. Es fragt sich deshalb zuvörderst, ob der Vertrag überhaupt wirksam zustandegekommen ist. In den Vorinstanzen ist diese Frage nicht zur Erörterung gekommen, die Beklagte hatte nach dieser Richtung hin Einwendungen gegen den Klaganspruch nicht erhoben. Die Revision macht in dieser Beziehung Bedenken geltend, jedoch ohne Grund.

Ein Zweifel an der Gültigkeit des Vertrags könnte überhaupt nicht entstehen, wenn die Bestimmung in § 15 Allg. Versich.-Bedingungen dahin zu verstehen wäre, daß mit dem Abschluß einer Versicherung zu festen Beiträgen die Erwerbung der Mitgliedschaft verbunden wäre. So kann die Bestimmung jedoch nicht verstanden werden. Zwar vollzieht sich im allgemeinen der Eintritt in die Mitgliedschaft und die mit ihr verbundenen Rechte und Pflichten bei Versich.-Gesellschaften auf Gegenseitigkeit unmittelbar mit dem Abschluß des Versich.-Vertrags selbst, es bedarf nicht daneben noch eines auf den Eintritt des Versich.-Nehmers in die Gesellschaft gerichteten besonderen Vertrags. Allein dieser Grundsatz ist auf die tatsächlich und rechtlich ganz anders gestaltete Versicherung gegen feste Prämien nicht ohne weiteres anwendbar. Die Vorschrift in § 21 Abs. 2 Ges. bezieht sich ihrem Wortlaut nach auf solche Versich.-Geschäfte gegen feste Prämien, bei denen der Versich.-Nehmer nicht Mitglied des Vereins wird. In diesem Sinne ist auch § 15 Versich.-Bedingungen der Beklagten gemeint. — — — Ein Verstoß gegen § 15 der Versich.-Bedingungen und § 21 Abs. 2 Ges. liegt mithin vor, insofern die Beklagte den Versich.-Vertrag mit einer Person abgeschlossen hat, die weder Mitglied war, noch durch den Vertragsabschluß selbst die Mit-

gliedschaft erlangte. Dieser Verstoß hat jedoch keine Nichtigkeit des Vertrags zur Folge.

Das Gesetz verbietet den Versich.-Gesellschaften auf Gegenseitigkeit den Abschluß von Versicherungen gegen feste Prämien nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als ihnen die Satzung den Betrieb solcher Geschäfte nicht ausdrücklich gestattet. Mit Rücksicht hierauf begegnet die Annahme, daß das Gesetz den Abschluß solcher Versicherungen, dafern dabei die satzungmäßig gezogenen Grenzen überschritten worden sind, mit der Folge der Nichtigkeit habe bedrohen wollen, von vornherein dem schwerwiegenden Bedenken, daß die Satzung dem Publikum nicht bekannt zu sein pflegt und auch nicht, wie dies § 10 Abs. 1 Ges. hinsichtlich des Abschlusses eines Versich.-Vertrags auf Gegenseitigkeit vorschreibt, dem Versich.-Nehmer vor dem Abschlusse eines Versich.-Vertrags gegen feste Prämien ausgehändigt zu werden braucht. Gegen eine solche Annahme spricht auch der allgemeine Zweck des Gesetzes, der nach § 1 darin besteht, Privatunternehmungen, welche den Betrieb von Versich.-Geschäften zum Gegenstande haben, der Beaufsichtigung der zuständigen Behörden nach Maßgabe der im Gesetze selbst im einzelnen getroffenen Vorschriften zu unterwerfen. Das Gesetz sucht seine im wesentlichen, wenn auch nicht ausschließlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts liegenden Zwecke vornehmlich in der Weise zu erreichen, daß es die Einrichtungen und den Betrieb derartiger Versich.-Unternehmungen behördlicher Beaufsichtigung unterwirft und auf diesem Wege die Befolgung der von ihm getroffenen Vorschriften sichert. Daß es daneben noch an die Nichtbefolgung einzelner Vorschriften die privatrechtliche Folge der Nichtigkeit eines gesetzwidrig vorgenommenen Rechtsgeschäfts habe knüpfen wollen, liegt an sich fern und würde nur angenommen werden können, wenn und soweit das Gesetz eine solche Absicht erkennen ließe. Der Inhalt des hier in Betracht kommenden § 21 Abs. 2 Ges. spricht aber nicht für, sondern gegen die Annahme einer solchen Absicht des Gesetzes. Denn das dort ausgesprochene Verbot richtet sich seinem Wortlaut nach lediglich gegen die Versich.-Vereine, nicht gegen die Versich.-Nehmer, hat auch nur den Betrieb von Versich.-Geschäften gegen feste Prämien im allgemeinen, nicht das einzelne Rechtsgeschäft zum Gegenstande und ist überdies in diejenige Form gekleidet, in der in der neueren Gesetzessprache Verbote ausgesprochen zu werden pflegen, deren Übertretung nicht mit der Folge der Nichtigkeit des verbotwidrig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bedroht sein soll. Soweit hiernach etwa eine aus § 134 BGB. herzuleitende Vermutung für die Nichtigkeit des streitigen Versich.-Vertrags spricht, erscheint sie durch den Inhalt und den Zweck des Gesetzes selbst widerlegt. — — —"

(Die Aufhebung erfolgte aus andern Gründen.)

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 9. Nov. 1915. Mob.-F.-VersG. in M. (Bkl.) w. Dr. (OLG. Marienwerder). VII. 289/15.

187. Kündigung des Vertrages mit einer englischen Feuerversicherungs-Gesellschaft wegen des englischen Zahlungsverbots.

(Vgl. 62 Nr. 107; 65 Nr. 25.)
VersVertrG. § 1; BGB. §§ 157. 321.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung v. 28. Januar 1905 (RGEntsch. 60, 56ff.) ausgeführt: Im allgemeinen habe nach dem Bürgerl. Gesetzbuch die sog. clausula rebus sic stantibus, abgesehen von den Ausnahmefällen der §§ 321. 610 keine Geltung. Dadurch sei aber die Prüfung nicht ausgeschlossen, ob nicht im einzelnen Fall oder auch bei einer ganzen Gattung von Verträgen nach der Absicht der Parteien und nach der Natur der Verträge bei deren Auslegung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände gegeben sei. Bei Versich.-Verträgen gehe der erkennbare Zweck des Versich.-Nehmers dahin, sich gegen die Folgen eines wirtschaftlich nachteiligen Ereignisses zu schützen, die Gewißheit zu haben, daß er durch die Versicherung gegen die befürchteten Nachteile bei deren Eintritt ohne weiteres Deckung finde. Dieser Zweck bleibe bei der Versicherung bei einer auf den planmäßigen Großbetrieb gerichteten Gesellschaft regelmäßig nur erreichbar, solange die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen, auf denen sich der Großbetrieb aufbaue, im wesentlichen erhalten blieben; er sei gefährdet, wenn jene Grundlagen durch Handlungen der Gesellschaft erschüttert würden, welche auf eine Beseitigung oder erhebliche Veränderung derjenigen Verhältnisse zielten, auf deren Fortbestand der Versicherte bei Eingehung der Versicherung habe rechnen dürfen. Es müsse daher bei Auslegung der Versich.-Verträge nach den diese im weitesten Umfange beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß der Versicherte in solchen Fällen zum Rücktritt berechtigt sein solle.

Diesen Grundsätzen ist auch heute noch zu folgen. Sie werden nicht berührt durch das erst nach jener Entscheidung des Reichsgerichts erlassene Reichsgesetz v. 30. Mai 1908 über den Versich.-Vertrag. Das Reichsgericht stellt nicht für das frühere Recht einen dispositiven Rechtssatz des Versicherungsrechts auf, sondern folgert die stillschweigende Vereinbarung eines Rücktrittsrechts aus dem übereinstimmenden Parteiwillen beim Abschluß des Versich.-Vertrages im Wege der Auslegung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB.). Einer solchen Annahme steht nicht entgegen, daß das Gesetz v. 30. Mai 1908 von einem Rücktrittsrecht in Fällen, in denen die vom Reichsgericht aufgestellten Voraussetzungen eingetreten sind, nicht spricht. — — —

Das Reichsgericht hat den Fall im Auge, daß durch Handlungen der Gesellschaft die Grundlagen des Versich.-Geschäfts erschüttert werden, während es sich hier zunächst um den Einfluß des Erfüllungsverbots handelt,

das die englische Regierung am 9. Sept. 1914 in betreff bestehender Versich.-Verträge mit feindlichen Ausländern erlassen hat. Es muß aber auch für diesen Fall als von den Parteien beim Abschluß des Vertrages stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß der Versicherte zur Kündigung berechtigt sein sollte; hätten sie den Fall als möglich vorausgesehen, so ist anzunehmen, daß sie für seinen Eintritt die Auflösung des Versich.-Vertrages vorgesehen hätten. Denn infolge des Erfüllungsverbots wurden die rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen des Versich.-Verhältnisses vollständig erschüttert und der Versich.-Vertrag mit der Klägerin bot für den Beklagten nicht mehr genügende Sicherheit gegen die schweren Schäden, die ihn im Falle eines Brandes bedrohten.

In dem Versich.-Schein des Beklagten war das Grundkapital der klagenden Gesellschaft auf 65497260 ℳ angegeben. Infolge des englischen Zahlungsverbots war aber so viel klar, daß das englische Stammunternehmen keine Mittel zur Deckung der Schäden deutscher Versicherter hergeben würde. Das inländische Vermögen, das zur Deckung der deutschen Versicherten herangezogen werden konnte, bestand aus einer dem Reichsfiskus für die Erfüllung der Versich.-Verbindlichkeiten verpfändeten Sicherheit in Höhe von 1700000 ℳ und einem nach dem letzten Geschäftsbericht mit Hypotheken nicht belasteten Grundstücke in Hamburg im Bilanzwerte von 500000 ℳ. Dieses Grundstück kam aber bei der Schwierigkeit seiner Verwertung offenbar in absehbarer Zeit als geeignete Deckung nicht in Betracht. — — — Die Prämieneinnahmen der Gesellschaft — — — und die etwa in Deutschland verbliebenen Überschüsse früherer Jahre — — — gewährten infolge des englischen Zahlungsverbots dem Versicherten keine genügende Sicherheit mehr. Wenn auch das englische Zahlungsverbot einer Verurteilung der Gesellschaft durch deutsche Gerichte nicht entgegengestanden hätte, so war doch damit zu rechnen, daß die englische Hauptleitung der Gesellschaft dem englischen Gesetze entsprechend ihrem deutschen Hauptbevollmächtigten die Weisung erteilen würde, die verfügbaren Gelder nicht zur Deckung in Deutschland eingetretener Schäden zu verwenden, sondern herauszuziehen oder sonstwie beiseite zu bringen. — — — Weiter war zu berücksichtigen, daß der deutsche Versich.-Bestand der klägerischen Gesellschaft gerade infolge der den Versicherten durch ein Rundschreiben vom September 1914 gewährten Möglichkeit, ihre Versicherung auf die Hanseat. Versich.-Gesellschaft von 1877 zu übertragen, wie vorauszusehen, einer starken Abwanderung ausgesetzt war, wodurch der deutsche Versich.-Bestand der Klägerin die Eigenschaft eines absterbenden, in der Abwickelung begriffenen annahm. Daraus ergab sich einerseits die Abminderung der Prämieneinnahmen, anderseits die Gefahr eines mangelhaften Gefahrenausgleichs, einer Unregelmäßigkeit des Schadensverlaufs und somit des Leerausgehens für die am längsten laufenden Versicherungen, endlich ein hoher Verwaltungskostensatz.

Das Wesentliche blieb darnach, daß den deutschen Versicherten infolge des englischen Zahlungsverbots nicht mehr das ganze große Unternehmen der Klägerin gegenüberstand, das gerade durch seine Ausbreitung über verschiedene Länder und den dadurch bedingten wesentlich erhöhten Gefahrenausgleich und die hohen Gesamtprämieneinnahmen sowie das hohe Grundkapital von über 65 Millionen ℳ den Versicherten eine Sicherheit ersten Ranges bot, sondern ihnen nur noch das im Verhältnis dazu ganz geringfügige in Deutschland befindliche Vermögen der Klägerin als Sicherheit haftete und allenfalls der verbleibende geringe deutsche Versich.-Bestand den Gegenstand des Unternehmens bildete. Dadurch waren die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des Versich.-Geschäfts der Klägerin für das Verhältnis zum Beklagten so wesentlich andre geworden, daß dem Beklagten nach dem Sinn des ursprünglichen Vertrages nicht zugemutet werden konnte, an dem Vertrage festzuhalten, er vielmehr zur Kündigung berechtigt war (vgl. OLG. Kiel in JW. 1915, 530).

Die Klägerin macht nun noch geltend, sie habe dem Beklagten durch die Garantie der Hanseat. Versich.-Gesellschaft von 1877 unter solidarischer Mitverhaftung der Norddeutschen Versich.-Gesellschaft in Hamburg mehr als ausreichende anderweitige Sicherheit verschafft, wie sie in einem Rundschreiben vom September 1914 dem Beklagten mitgeteilt habe. Wenn in diesem Rundschreiben dem Beklagten angeboten ist, die Versicherung auf die bezeichnete Hanseat. Gesellschaft übergehen zu lassen, so braucht sich der Beklagte, wie nicht zweifelhaft ist, darauf nicht einzulassen, da niemand gezwungen werden kann, sich einen andern Schuldner aufdrängen zu lassen, abgesehen von den Fällen einer Gesamtrechtsnachfolge. Ebenso wenig aber braucht sich der Beklagte auf eine andre Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse einzulassen, welche wirtschaftlich denselben Erfolg auf anderem Wege erreichen sollte. — — — Es ist dem OLG. Kiel a. a. O. auch darin zu folgen, daß die ganze Grundlage des Versich.-Verhältnisses verändert wird, wenn die Klägerin, da sie selbst mit ihrem Gesamtvermögen nur noch zum kleinsten Teil für die Erfüllung einstehen kann, nunmehr eine andre Gesellschaft als Haftungsperson im Wege der Garantieübernahme einschieben will. Im rechtlichen und wirtschaftlichen Sinne soll dem Versicherten in der Hauptsache eine andre Gesellschaft haften als die, mit der sie abgeschlossen hat. Darauf braucht sich der Beklagte nicht einzulassen. Außerdem konnte dem Beklagten nicht zugemutet werden, daß er im September 1914, als er das Rundschreiben der Klägerin erhielt und sich über sein Verhalten alsbald schlüssig machen mußte, Nachforschungen anstelle, ob der Vermögensstand der Hanseat. Gesellschaft und der Norddeutschen ein derartiger war, daß neben der Deckung ihres eigenen Versich.-Bestandes noch eine beachtliche Sicherheit für die Versicherten des Phönix übrig blieb. — — —

Die Kündigung war mithin zu der Zeit, als sie ausgesprochen wurde, gerechtfertigt. Damit war der Vertrag aufgelöst, und ein nachträglicher Nachweis genügender Sicherheit, wie ihn die Klägerin jetzt angeboten hat, würde daran nichts mehr ändern.

Urteil des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 28. April 1916. L. (Bkl.) w. Lond. Phönix. La. 200/15. K—n.

---

188. **Bedeutung eines Strafverfahrens für die Anzeigepflicht bei der Haftpflicht-Versicherung.**

VersVG. §§ 6. 153.

Der Kläger war bei der Beklagten gegen Haftpflicht versichert. Er ist am 28. Nov. 1912 wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt worden, hat der Beklagten aber erst am 23. Febr. 1913 Anzeige von dem Unfall erstattet, nachdem zivilrechtliche Ansprüche gegen ihn erhoben worden waren. Die verklagte Gesellschaft lehnte infolgedessen die Zahlung ab, wurde jedoch in allen Instanzen dazu schuldig erkannt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 153 VersVG., die auf den vorliegenden Fall Anwendung findet, wird der Pflicht zur Anzeige des Versicherungsfalles genügt, wenn die Anzeige innerhalb einer Woche erfolgt, und diese Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Dritte seinen Anspruch gegenüber dem Versicherungnehmer geltend macht, jedoch ist, wenn der Versicherungnehmer zu einer gerichtlichen Verhandlung über den Anspruch geladen wird, die Anzeige unverzüglich nach Empfang der Ladung zu machen. Diese Vorschrift ist insofern zwingend, als nach § 153 Abs. 2 der Versicherer sich auf eine Vereinbarung nicht berufen kann, durch welche die Dauer oder die Berechnung der Frist zum Nachteil des Versicherungnehmers anders bestimmt ist. Danach sind derartige auf die Anzeigepflicht des Versicherungnehmers sich beziehende Vereinbarungen nicht schlechthin, sondern nur insofern dem Belieben der Beteiligten entzogen, als sie zum Nachteil des Versicherungnehmers gereichen und auch nur insoweit, als sie sich auf die Dauer oder die Berechnung der Anzeigefrist beziehen. Vereinbarungen andrer Art, insbesondere solche über die Form der Anzeige, über die mit der Anzeige zu erbringenden Nachweisungen u. dgl. sind zulässig und wirksam. Dagegen kann sich der Versicherer nicht auf eine Vereinbarung berufen, durch die der Beginn der Anzeigefrist auf einen andern Zeitpunkt, als den in § 153 Abs. 1 bestimmten, zum Nachteil des Versicherungnehmers festgesetzt wird, insbesondere also auf die Festsetzung eines früheren als des gesetzlich bestimmten Zeitpunktes, von dem die Anzeigefrist zu laufen beginnt, denn eine solche Vereinbarung betrifft die Berechnung der Frist und ihre Dauer.

Eine unverzügliche Anzeige ist dem Versicherungnehmer in § 153 Abs. 1 nur dann zur Pflicht gemacht, wenn er zu einer gerichtlichen Verhandlung

über den Anspruch geladen wird, die bloße Vorladung zu einem Strafverfahren genügt hierzu in der Regel nicht, da das Strafverfahren nicht den Anspruch des Verletzten gegen den Versicherungnehmer zum Gegenstande hat; nur dann ist das letztere der Fall, wenn im Strafverfahren zulässigerweise wegen des die Haftpflicht des Versicherungnehmers begründenden Vorfalls vom Verletzten ein Anspruch auf Buße erhoben wird.

Im gegebenen Falle hat wegen des am 6. Sept. 1912 erfolgten Unfalls ein Strafverfahren stattgefunden. Dieses Strafverfahren kommt aber nicht in Betracht, da ein Bußanspruch in demselben nicht erhoben worden ist. Dagegen hat der Kläger die gegen ihn erhobenen Ersatzansprüche nach der Feststellung des Ber.-Richters unbestritten innerhalb einer Woche nach deren Geltendmachung der Beklagten angezeigt, er hat mithin der ihm gesetzlich obliegenden Anzeigepflicht fristgemäß genügt."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 17. März 1916. Sch. w. Gesellsch. Th. (OLG. Colmar). VII. 392/15. L—ch.

---

189. Voraussetzungen eines widerrechtlichen Eingriffs in einen fremden Gewerbebetrieb.

Vgl. 70 Nr. 177 m. N.
BGB. § 823.

Die Parteien sind beide Kartoffelhändler. Der Beklagte hatte dem Kläger einen EB.-Wagen Kartoffeln verkauft, der Kläger bemängelte aber die Ware und stellte sie dem Beklagten zur Verfügung. Dieser ließ darauf in die Nummer der zu Berlin erscheinenden „Kartoffel- und Fouragezeitung" v. 22. März 1913 die Anzeige einrücken: „Kollegen, welche mit der Firma B. S. W. in Berlin, H.-Straße 67, in Verbindung stehen oder gestanden haben, bitte ich, mir ihre Erfahrungen recht bald zukommen zu lassen". Auf Grund der Veröffentlichung dieser Anzeige erhob der Kläger, u. a. mit Berufung auf § 823 Abs. 1 BGB., gegen den Beklagten eine Klage auf Feststellung seiner Schadenersatzpflicht. — Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Die Revision hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen:

„— — — Die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB. kann, da die Ehre nicht zu den durch dieses Gesetz geschützten Rechtsgütern gehört, nur in Frage kommen, soweit ein rechtswidriger und schuldhafter Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als in ein ‚sonstiges Recht' des Klägers vorliegen würde. Der Kläger meint, daß dieses Erfordernis gegeben sei, da ein von ihm auf dem Güterbahnhofe betriebenes Detailgeschäft dadurch, daß ihn sein Angestellter M., der dieses Zweiggeschäft seit Jahren geleitet habe, auf die Anzeige des Beklagten hin verlassen habe und die Kundschaft mißtrauisch wurde, vollständig vernichtet worden sei. Allein dadurch wird der gesetzliche Tatbestand des § 823 Abs. 1 nicht hergestellt. Eine Verletzung des

eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes liegt nicht schon dann vor, wenn infolge der Handlung des Täters die Kundschaft des Gewerbetreibenden geschmälert, sein gewerblicher Gewinn verringert wird, auch nicht dann, wenn die Handlung gegenständlich die Wirkung hat, daß, wie hier behauptet wird, ein Geschäftszweig des gewerblichen Unternehmens des Klägers infolge des Ausbleibens der Kundschaft aufgegeben werden muß. Voraussetzung der Anwendung des § 823 Abs. 1, der Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes als eines ‚sonstigen Rechts' im Sinne dieses Gesetzes ist vielmehr, wie das Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen ausgesprochen hat, daß der Eingriff unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes sich richtet, sei es, daß der eingreifende Täter tatsächlich die Betriebshandlungen hindert, sei es, daß er dessen rechtliche Zulässigkeit bestreitet und sich fälschlich das Recht anmaßt, ihn zu untersagen oder zu beschränken (RGEntsch. 48, 114; 56, 271; 58, 24; 64, 52; 65, 210). Dieses Ziel der Handlung muß bei vorsätzlichen Handlungen in den Willen des Täters aufgenommen sein, bei fahrlässigen muß dieser einen solchen Erfolg vorausgesehen haben oder haben voraussehen können. An dem Nichtvorhandensein dieser Voraussetzung muß im gegebenen Falle die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB. scheitern. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 29. Nov. 1915. W. (Kl.) w. R. VI. 246/15.

---

190. Darf der (preuß.) Notar eine Unterschrift beglaubigen, wenn er um die Ungültigkeit der Erklärung weiß?

BGB. § 839; preußFGG. Art. 60.

Der verklagte Rechtsanwalt, damals zugleich Vertreter des Notars St., hat am 14. August 1907 in Gegenwart der Witwe Maria B. und der Klägerin eine Urkunde entworfen, laut welcher die Witwe B. nach dem Eingangssatze: „am 13. August 1907 hat mein Sohn unter meiner Einwilligung von Fräulein Emma Th. (der Klägerin) ein Darlehn von 10000 ℳ erhalten", eine Hypothekbestellung für diese Forderung der Klägerin sowie Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag erklärte; diese Urkunde war sofort von der Witwe B. unterschrieben, und diese Unterschrift sofort vom Beklagten als Notar beglaubigt worden; die Eintragung der Hypothek war auf Antrag des Beklagten am 20. August 1907 erfolgt. Der inzwischen vermögenslos verstorbene Darlehnsnehmer Max B. war damals noch minderjährig und hat nach Eintritt der Volljährigkeit dieses Darlehn nicht genehmigt. Mangels Rechtsgültigkeit des Darlehns hatte die Witwe in einem Vorprozeß von der jetzigen Klägerin als Beklagten die Umschreibung der Sicherungshypothek auf ihren (der Witwe B.) Namen gefordert, wozu die jetzige Klägerin auch rechtskräftig verurteilt worden war. Jetzt verlangte die Klägerin Schadenersatz in Höhe von 10809 ℳ 41 ₰ nebst Zinsen vom Beklagten, weil er am

14. August 1907 die Minderjährigkeit des Max B. gekannt, sie aber auf die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen nicht hingewiesen habe. — Der Anspruch wurde dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Ber.-Richter folgert die Amtspflicht des Beklagten als Notars zur Prüfung der Gültigkeit der Verpfändungserklärung und der Geschäftsfähigkeit des Max B. aus dem Art. 60 Abs. 2 preuß. FGG., der ergebe, daß der Entwurf einer Urkunde durch den Notar mit nachfolgender Beglaubigung sich als amtliche Tätigkeit des Notars darstelle. — — — Die Auffassung des Ber.-Richters kann dahinstehen. Es bedarf nicht erst eines Schlusses daraus, daß der Beklagte den Entwurf der Urkunde selbst angefertigt hatte, sondern schon daraus, daß er den Inhalt der Urkunde kannte, folgte seine Amtspflicht als Notar, dieselbe nicht öffentlich zu beglaubigen, da ihr Inhalt ein offenbar ungültiges Geschäft — für ein ungültiges Darlehn eine eben darum selbst ungültige Hyp.-Bestellung vollzog.

Zwar bestimmt Art. 60, daß bei der Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens der Richter oder der Notar ohne Zustimmung der Beteiligten nicht befugt ist, von dem Inhalt der Urkunde Kenntnis zu nehmen, und diese Bestimmung wiederholt die Vorschriften des § 21 Abs. 1 preuß. NotG. v. 11. Juli 1845 und des § 13 hannov. NotO. v. 18. Sept. 1853; vgl. preuß. Allg. GerO. III. 7 § 76. Daraus ergibt sich jedoch noch nichts für den Fall, daß der Notar mit Zustimmung der Beteiligten von dem Inhalt der Urkunde Kenntnis nimmt. Dann weiß er auf eine vom Gesetz zugelassene Weise, zu welch einem Geschäft seine Mitwirkung durch Beglaubigung der Unterschrift begehrt wird, und zwar seine amtliche Mitwirkung behufs Erhöhung des urkundlichen Wertes der Urkunde, nämlich ihrer Erhebung zur Wirksamkeit und zur Bedeutung einer öffentlich beglaubigten Urkunde. Dann kann der Amtspflichtenkreis des Notars von dieser seiner rechtmäßig erworbenen Kenntnis nicht unberührt bleiben. Andernfalls müßte der Notar für befugt oder gar, da er seine Dienste nicht ohne triftigen Grund verweigern darf (Art. 83 Abs. 1 Satz 1 preuß. FGG.), für verbunden erachtet werden, eine Urkunde öffentlich zu beglaubigen, obwohl er aus deren Inhalt weiß, daß sie eine Straftat ist oder einer Straftat dient; er müßte also für befugt oder gar verbunden erachtet werden, einen Verstoß gegen das Strafgesetz wissentlich zu fördern und einer strafbaren Handlung wissentlich Beihülfe zu leisten. Andernfalls wäre der Notar befugt oder gar verbunden, eine Urkunde öffentlich zu beglaubigen, obwohl er aus deren Inhalt weiß, daß sie ein offenbar ungültiges Geschäft enthält, also befugt oder verbunden, die Beweiskraft eines Aktes wissentlich zu stärken, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge stets einem Andern Schaden zufügt, sei es beiden Beteiligten, sei es einem derselben, sei es einem Dritten. Diese Konsequenzen schließen sich von selbst aus; sie führen zu dem allgemeinen Grundsatze, daß im Gegenteil der preu-

ßische Notar, der mit Zustimmung der Beteiligten von dem Inhalt der von ihm zu beglaubigenden Urkunde Kenntnis nimmt und so die offenbare Strafbarkeit oder offenbare Ungültigkeit des Inhalts ersieht, die von ihm begehrte Beglaubigung abzulehnen hat, wenn wegen des strafbaren oder ungültigen Inhalts die Urkunde gänzlich wegfallen müßte, oder wenn eine mögliche Abänderung nicht vorgenommen werden soll. Aus dem Begriff des öffentlichen Amtes folgt ohne weiteres die Pflicht, ‚mit möglichster Sorgfalt zu verhüten', wie es die preußische Allg. GerO. II. 2 § 28 inbetreff des Verfahrens bei den Handlungen der freiwill. Gerichtsbarkeit vorschrieb, ‚daß vor dem Beamten keine gesetzwidrigen oder ungültigen Aktus vorgenommen werden'. Eben dieser Grundsatz hat in Art. 16 bayer. NotG. v. 9. Juni 1899 einen erschöpfenden Ausdruck gefunden; unter einer gewissen Beschränkung auch in Art. 45 bayer. NotG. v. 10. Nov. 1861 und in Art. 108 Abs. 1 württemb. AusfG. z. BGB. Eben darum haben mehrere Landesgesetze im Gegensatz zum preuß. Recht angeordnet, daß der Notar vor der Beglaubigung der Unterschrift von dem Inhalt des Schriftstücks Kenntnis nehmen soll. Dies bestimmt Art. 35 bayer. NotG. v. 9. Juni 1899; desgleichen § 27 sächsischen AusfVO. v. 16. Juni 1900 zu FGG. Aber auch soweit die Kenntnisnahme vom Inhalt des zu beglaubigenden Schriftstücks nicht angeordnet und nur mit Zustimmung der Beteiligten gestattet ist, wie im preuß. Recht, kann dies aus inneren zwingenden Gründen nicht den Sinn haben, daß der Notar, wenn er erlaubterweise Kenntnis nimmt und so den offenbar strafbaren oder offenbar ungültigen Inhalt der Urkunde erkennt, trotz dessen zur Hebung der Beweiskraft einer solchen Urkunde durch öffentliche Beglaubigung amtlich mitzuwirken verpflichtet oder befugt sein solle. Damit wäre der Endzweck des nur dazu geschaffenen und im einzelnen geregelten Notariats, die Sicherheit des ordnungmäßigen rechtsgeschäftlichen Verkehrs zu fördern und zu schützen und alle jetzt und später an dem Bestand der Urkunde Beteiligten zu sichern, vereitelt und der Notar angewiesen, den von den unmittelbar Beteiligten sei es aus Unkunde sei es absichtlich gewollten Mißbrauch der öffentlichen Beglaubigung wissentlich zu vollenden. Ein derartiger Selbstwiderspruch des Gesetzes ist eine Unmöglichkeit.

Zwar bleibt die nur öffentlich beglaubigte Urkunde immer eine Privaturkunde; sie wird nicht dadurch zu einer öffentlichen Urkunde, daß der preuß. Notar infolge der vor der Beglaubigung von dem Inhalt des Schriftstücks genommenen Kenntnis die Verpflichtung hatte, bei offenbarer Strafbarkeit oder offenbarer Ungültigkeit des Inhalts die Beglaubigung abzulehnen. Daraus kann jedoch gegen das Bestehen einer solchen Verpflichtung nichts gefolgert werden. Denn die öffentliche Beglaubigung schweigt lediglich darüber, ob der Notar vorher von dem Urkundeninhalt Kenntnis hatte oder nicht, läßt also die Möglichkeit solcher Kenntnis offen. Die äußere Form der öffentlichen Beglaubigung schweigt auch in den Rechtsgebieten, in denen die

Kenntnisnahme vom Urkundeninhalt landesgesetzlich vorgeschrieben wurde, über die Erfüllung oder Nichterfüllung dieser Pflicht zur Kenntnisnahme. Die dargelegte Verpflichtung hängt lediglich von der nicht beurkundeten Wirklichkeit ab, ob der preuß. Notar tatsächlich mit Zustimmung der Beteiligten von dem Inhalt der Urkunde Kenntnis genommen hat oder nicht. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 8. Okt. 1915 (OLG. Breslau). III. 586/14. Auch in RGEntsch. 87 Nr. 52 S. 232.

---

191. Beweislast, wenn über die Aufhebung einer Erbeinsetzung durch ein späteres Testament gestritten wird.

BGB. §§ 1937. 2258.

Die Parteien streiten über das Erbrecht nach der Witwe Karoline M. Die Kläger behaupten auf Grund der letztwilligen Verfügungen der Erblasserin, insbesondere des privatschriftlichen Testaments v. 8. Mai 1904, alleinige Erben zu sein; die Beklagten nehmen für sich ebenfalls Erbrechte in Anspruch, die sie einerseits mit der Behauptung, daß sämtliche Testamente wegen Geisteskrankheit der Erblasserin nichtig seien, auf die gesetzliche Erbfolge stützen, anderseits auch für den Fall der Gültigkeit der Testamente aus diesen und zwar insbesondere aus dem notariellen Testament v. 9. Juni 1903 herleiten. Das Ber.-Gericht hat lediglich geprüft, welche Anordnungen hinsichtlich der Erbfolge in den Testamenten der Erblasserin enthalten seien, und ist auf Grund dieser Prüfung zur Abweisung der Klage gelangt.

Das Ber.-Gericht geht davon aus, daß gegenüber den notariellen Testamenten vom Jahre 1903, nach denen neben den Klägern auch die Beklagten und Willi H. als Miterben berufen seien, die Kläger nachzuweisen hätten, daß diese Mitberufung der Beklagten zu Erben durch eine spätere letztwillige Verfügung der Erblasserin wieder beseitigt sei. Es ist sodann in eine Erörterung der übrigen Testamente der Erblasserin eingetreten und zu dem Ergebnis gelangt, daß darnach schwerwiegende Bedenken gegen die Annahme beständen, die Erblasserin habe durch das Testament v. 8. Mai 1904 die Erbeinsetzungen in den notariellen Testamenten aufheben wollen, und daß auch das sonstige unter Beweis gestellte Vorbringen der Kläger nicht ausreiche, um einen solchen Aufhebungswillen der Erblasserin zu beweisen. Was die Erblasserin mit ihrer Anordnung in dem Testament v. 8. Mai 1904 habe sagen wollen, sei unklar und dunkel, der Sinn sei nicht zu erkennen. Hier genüge aber auch die Feststellung, daß das Testament v. 8. Mai 1904 bei Würdigung aller Umstände erhebliche Zweifel lasse, ob der Wille der Erblasserin dahin gegangen sei, den Klägern ihren ganzen Nachlaß zuzuwenden und die Beklagten ganz auszuschließen, und daß es den Klägern nicht gelungen sei, diese Zweifel zu beseitigen. Solange dies aber nicht geschehen sei, könne auf Grund des Testa-

ments v. 8. Mai 1904 auch nicht das festgestellt werden, was die Kläger begehrten.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht bekämpft. Unrichtig ist schon der Ausgangspunkt des Ber.-Gerichts, daß gegenüber der in dem notariellen Testament v. 9. Juni 1903 enthaltenen Erbeinsetzung der Beklagten die Kläger die Beweislast hätten, daß diese Erbeinsetzung in einem späteren Testament widerrufen sei. Diese Auffassung würde zutreffend sein, wenn die Erbeinsetzung der Beklagten in dem Testament v. 9. Juni 1903 mit der Errichtung dieses Testaments Rechte für die Beklagten begründet hätte und es sich nur darum handelte, ob diese Rechtsstellung später geändert oder aufgehoben worden sei, wie es z. B. bei dem Vorliegen mehrerer zeitlich aufeinanderfolgender Verträge der Fall sein könnte. So ist aber die Rechtslage hier nicht. Die letztwilligen Anordnungen äußern erst mit dem Tode des Erblassers rechtliche Wirkungen, erst in diesem Zeitpunkt gelangen die auf dem Willen des Erblassers beruhenden Rechte der Erben und Vermächtnisnehmer zur Entstehung. Ist aber für die Gestaltung der Rechtslage in Ansehung des Nachlasses der letzte Wille des Erblassers, wie er zur Zeit seines Todes vorliegt, maßgebend, so läßt sich bei dem Vorhandensein mehrerer Testamente die Frage, ob und welche Rechte bestimmten Personen auf Grund letztwilliger Anordnung am Nachlaß zustehen, nur auf Grund sämtlicher Testamente beurteilen, die in ihrer Gesamtheit den letzten Willen des Erblassers enthalten. Die Erbeneigenschaft der in einem älteren Testament eingesetzten Person kann daher erst als nachgewiesen gelten, wenn feststeht, daß diese Anordnung in den später errichteten Testamenten nicht widerrufen ist. Solange hierüber noch Zweifel bestehen, bildet die in dem älteren Testament enthaltene Erbeinsetzung keine ausreichende Grundlage für die Anerkennung des Erbrechts der darin genannten Personen. Es ist daher nicht angängig, hier von der Annahme einer Erbeinsetzung der Beklagten auszugehen, deren Widerlegung durch den Nachweis eines späteren Widerrufs Sache der Kläger sei.

Allerdings haben die Kläger das von ihnen in Anspruch genommene Recht als Alleinerben darzutun. Dieser Darlegungspflicht genügen sie aber bis auf weiteres durch die Vorlegung der Testamente der Erblasserin, auf deren Gesamtinhalt sie ihr behauptetes Recht gründen. Aufgabe des Gerichts ist es, im Wege der Auslegung dieser Urkunden den Willen der Erblasserin zu ermitteln und darnach zu entscheiden, ob die Kläger in dem behaupteten Umfang Erben sind, ob also die in dem Testament v. 9. Juni 1903 geschehene Berufung der Beklagten zu Miterben in den späteren Testamenten widerrufen ist. Von einer Beweislast der Parteien kann hierbei nur insofern die Rede sein, als die Parteien Tatsachen, die außerhalb der Testamente liegen und von ihnen zur Unterstützung ihrer Auffassung von dem Willen der Erblasserin vorgebracht sind, im Bestreitungsfalle beweisen müssen, sofern sie nach dem Ermessen des Gerichts für die Erforschung des in den Testamenten

zum Ausdruck gebrachten Willens der Erblasserin erheblich sind. — — — Hätte das Ber.-Gericht eine bestimmte Feststellung über den Inhalt des Testaments v. 8. Mai 1904 getroffen, die einen Widerruf der früheren Erbeinsetzung als nicht vorliegend erscheinen ließe, so würde es nicht zu beanstanden sein, wenn dabei bemerkt worden wäre, daß die Kläger für Tatsachen, die eine entgegengesetzte, ihnen günstige Auslegung zu rechtfertigen vermöchten, beweispflichtig gewesen wären. In diesem Sinne sind aber die Ausführungen des Ber.-Gerichts nicht zu verstehen. Es ist vielmehr unentschieden gelassen, was die Erblasserin mit der in dem Testament v. 8. Mai 1904 getroffenen Anordnung hat bestimmen wollen, und die Feststellung für ausreichend erklärt worden, daß dieses Testament erhebliche Zweifel lasse, ob der Wille der Erblasserin auf Ausschließung der Beklagten von der Erbschaft gegangen sei, und daß den Klägern die Beseitigung dieser Zweifel nicht gelungen sei. Gerade diese Zweifel zu lösen, die hinsichtlich des Willens der Erblasserin bestehen, war die Aufgabe der dem Ber.-Gericht obliegenden Auslegung des Testaments v. 8. Mai 1904. Das Ber.-Gericht mußte daher eine bestimmte Feststellung treffen, in welcher Beziehung durch dieses Testament die in den notariellen Testamenten enthaltenen Bestimmungen abgeändert worden sind, ob insbesondere dadurch die frühere Erbeinsetzung der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgänger widerrufen worden ist oder nicht. Dieser Verpflichtung würde das Ber.-Gericht nur überhoben gewesen sein, wenn die Bestimmungen des Testaments v. 8. Mai 1904 so widerspruchvoll oder unverständlich wären, daß es ausgeschlossen wäre, einen vernünftigen Sinn daraus zu gewinnen. Das trifft jedoch nicht zu und hat auch, soweit ersichtlich, vom Ber.-Gericht nicht gesagt werden sollen. — — —

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 20. Dez. 1915. H. u. Gen. (Kl.) w. Br. u. Gen. (OLG. Celle). IV. 199/15.

---

192. Wie kann der Liquidator einer Gesellschaft m. b. H. die Löschung seiner Eintragung erwirken?

Vgl. 63 Nr. 32; 68 Nr. 241.
GmbHG. § 66; BGB. § 29.

Der Kläger war zum alleinigen Liquidator der Hartsteinwerke De., Gesellsch. m. b. H., bestellt und als solcher in das Handelsregister eingetragen worden. Er hatte seine Stellung als Liquidator unter Einhaltung der im Anstellungsvertrage vereinbarten Frist auf den 31. Juli 1912 gekündigt und die Kündigung war angenommen worden. Ein neuer Liquidator war nicht bestellt. Ein vom Kläger im August 1912 gestellter Antrag, ihn als Liquidator im Handelsregister zu löschen, wurde vom Amtsgericht mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Beendigung seiner Vertretungsbefugnis nicht von ihm, sondern von dem neu bestellten Liquidator angemeldet werden müsse. Nach-

dem der Kläger dann verschiedentlich von Gläubigern der Gesellschaft zur Leistung des Offenbarungseides für die Gesellschaft vorgeladen worden war, beantragte er im September 1912, einen Liquidator von Amts wegen zu ernennen. Das Amtsgericht hatte darauf am 10. Sept. 1912 in das Handelsregister eingetragen, daß die Vertretungsbefugnis des Klägers beendigt sei; auf Beschwerde eines Gläubigers war aber das Amtsgericht vom Landgericht, bestätigt vom Oberlandesgericht, angewiesen worden, diese Eintragung wieder zu löschen, so daß der Kläger als Liquidator eingetragen blieb. Er erhob nun Klage gegen die Gesellschafter der Oe. Hartsteinwerke mit dem Antrage, sie zu verurteilen, einen neuen Liquidator zu bestellen und den neuen Liquidator zu veranlassen, die Löschung des Klägers als Liquidators, zu beantragen. — Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Gründe des Ber.-Urteils:

„Eine Rechtsbeziehung zwischen dem Kläger als früherem Liquidator der Gesellschaft m. b. H. und den verklagten einzelnen Mitgliedern dieser Gesellschaft, welche den Klagantrag rechtfertigen könnte, ist nicht gegeben. Durch die Bestellung zum Liquidator ist der Kläger nur zu der in Liquidation befindlichen Gesellschaft, die als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten hat (§ 13 GmbHG.), in Vertragsbeziehungen getreten, nicht zu den Gesellschaftern. Nur von der Gesellschaft, nicht von den einzelnen Gesellschaftern kann er verlangen, daß sie nach Beendigung seines Amtes als Liquidator die Löschung seiner Eintragung als Liquidator im Handelsregister beschaffe. Der Kläger steht in dieser Beziehung ebenso wie jeder andre Gläubiger der Gesellschaft. Als gewesener Liquidator hat er keinen Anspruch gegen die Gesellschafter, weder gegen den einzelnen, noch gegen alle gleichzeitig, daß sie einen neuen Liquidator bestellen.

In welcher Weise der Kläger der Gesellschaft gegenüber seinen Anspruch auf Löschung seines Namens im Handelsregister durchführen kann, steht in diesem gegen die Gesellschafter gerichteten Rechtsstreit nicht zur Entscheidung. Immerhin mag darauf hingewiesen werden, daß, im Gegensatz zu der den früheren Antrag des Klägers auf Bestellung eines andern Liquidators abweisenden Entscheidung des Amtsgerichts v. 2. Juni 1914, das Kammergericht in einem gleichliegenden Falle (Beschl. v. 2. Dez. 1901, OLGRsp. 4, 526) die Bestellung eines Liquidators im Wege des § 29 BGB. für zulässig erklärt und ausführlich dargelegt hat (S. 259ff. a. a. O.), daß für solche Fälle die Sonderbestimmung des § 66 GmbHG. nicht Platz greife (vgl. auch Entsch. des KG. v. 8. April 1907 in RJA. 8, 268).

Jedenfalls mußte die hier erhobene Klage abgewiesen und deshalb der Berufung der Erfolg versagt werden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 21. März 1916. K. (Kl.) w. Pl. u. Gen. Bf. II. 279/15. B.

193. Kein Verstoß gegen die guten Sitten durch Zuwiderhandlung eines Mitglieds gegen einen satzungwidrigen Innungsbeschluß oder deswegen erklärten Austritt.

GewO. §§ 81 a. 152 Abs. 2; UnlWG. § 1; BGB. § 138.

Die Innungsversammlung der „Freien Fleischerinnung des mittleren Elbtals mit dem Sitze in L.", der beide Parteien als Mitglieder angehörten, hatte am 16. Dez. 1913 einen Beschluß gefaßt, wonach sich die Innungsmitglieder gegenseitig verpflichteten, alle Anträge des Zentral-Gesellenverbandes abzulehnen und bei Boykottierungen größere, den boykottierten Kollegen entzogene Lieferungen nicht anzunehmen. Der Beschluß war dem Beklagten, der der Versammlung nicht beigewohnt hatte, schriftlich zugefertigt worden. Der Beklagte hatte trotzdem am 4. Februar 1914 einen Tarifvertrag mit dem Zentral-Gesellenverband abgeschlossen und am 7. Februar 1914 in der Volkszeitung eine Geschäftsanzeige veröffentlicht, worin er auf die Annahme des Gesellentarifs hinwies. Am 11. Februar 1914 erklärte er seinen Austritt aus der Innung, die Innung wollte jedoch den Austritt als erst für den 31. März 1915 wirksam anerkennen.

Der Kläger hatte nun eine einstweil. Verfügung erwirkt, durch die dem Beklagten verboten wurde, in öffentlichen Bekanntmachungen oder für einen größeren Kreis von Personen bestimmten Mitteilungen zu behaupten, daß er den Tarifvertrag des Zentral-Gesellenverbandes der Fleischer anerkannt habe. Auf den Widerspruch des Beklagten wurde diese Verfügung vom Landgericht unter Bezugnahme auf § 1 UnlWG. bestätigt. Der Beklagte legte Berufung ein. Vor Eintritt in die Verhandlung zur Sache erklärte der Kläger, daß sich der Rechtsstreit in der Hauptsache dadurch erledigt habe, daß er sein Geschäft nach Erlassung des angefochtenen Urteils verkauft habe. Dies gab der Beklagte zu, erklärte aber, ein rechtliches Interesse daran zu haben, daß die einstweil. Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt aufgehoben werde. Diesem Antrage wurde stattgegeben aus folgenden Gründen:

„Das Landgericht sieht in der Veröffentlichung des Beklagten selbst dann einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn der Beschluß der Innungsversammlung v. 16. Dezember 1913 für ihn unverbindlich war. Dem konnte nicht beigetreten werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beschluß etwa dann die Grundlage für ein sittenwidriges Verhalten des Beklagten abgeben konnte, wenn nur gemäß § 152 Abs. 2 GewO. die Möglichkeit fehlte, einen Anspruch auf Grund des Beschlusses mit Klage oder Einrede geltend zu machen, der Beschluß aber ordnungmäßig zustande gekommen war und für den Beklagten bestand. Davon kann aber keine Rede sein, wenn der Beschluß überhaupt nicht satzungmäßig gefaßt und deshalb von vornherein unwirksam war oder dadurch seiner Wirksamkeit gegenüber dem Beklagten völlig entkleidet worden ist, daß der Beklagte seinen Austritt aus der Innung erklärt hat. In

diesem Falle würde das Verhalten des Beklagten nicht anders zu beurteilen sein als wenn ein Dritter, der der Innung nicht als Mitglied angehörte, den Tarifvertrag anerkannt und diese Tatsache wahrheitgemäß veröffentlicht hätte. Solches mag von dem im Kampfe mit einer Arbeitnehmer-Organisation stehenden Berufsgenossen unangenehm empfunden und als unkollegial aufgefaßt werden; ein Verstoß gegen die guten Sitten ist aber darin nicht zu erblicken.

Rechtsunwirksam war der Beschluß v. 16. Dez. 1913, weil der Erlaß derartiger Verbote nicht zu den in § 2 der Satzung aufgezählten Aufgaben der Innung gehörte. In § 2, der sich wörtlich mit § 81a GewO. deckt, ist zwar als Aufgabe der Innung die Aufrechterhaltung und Stärkung der Standesehre unter den Innungsmitgliedern und die Förderung eines gedeihlichen Verhältnisses zwischen Meistern und Gesellen bezeichnet. Darunter fällt auch der Abschluß von Tarifverträgen mit den Gesellenverbänden, nicht aber die Einrichtung einer Kampforganisation der Mitglieder gegen die Gesellenverbände. Hätte der Innung die Macht zur Anordnung derartig in die persönliche Freiheit der Mitglieder tief eingreifender und für den einzelnen unter Umständen von den schwersten wirtschaftlichen Folgen begleiteter Maßregeln gegeben werden sollen, so hätte dies in der Satzung einen klaren und unzweideutigen Ausdruck finden müssen; um so mehr, als jedenfalls Zwangsinnungen eine derartige Befugnis nicht haben, obwohl ihnen die in § 2 der Satzung der hier in Frage stehenden freien Innung aufgeführten Aufgaben gesetzlich durch § 81a GewO. gestellt sind. Griff aber die Innungsversammlung mit ihrem Beschluß v. 16. Dez. 1913 in ein außerhalb ihrer satzunggemäßen Aufgaben liegendes Gebiet ein, so war der Beschluß für die Innungsmitglieder ohne jede Wirksamkeit.

Selbst wenn man aber annehmen wollte, daß der Beschluß nicht satzungwidrig sei, würde er doch durch die Erklärung des Austritts aus der Innung für den Beklagten unverbindlich geworden sein. Von dem Beschlusse allein konnte der Beklagte nicht zurücktreten. Wenn auch der Beschluß zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsverhältnisse gefaßt war, so stellte er doch weder eine Vereinigung noch eine Verabredung zu diesem Zwecke dar, sondern eine auf der Vereinsautonomie beruhende Willensäußerung der Innung, die an sich auch diejenigen Mitglieder band, die dem Beschlusse nicht zugestimmt hatten. Wohl aber ist eine Innung, deren Satzung einen solchen Beschluß zuläßt, jedenfalls dann eine Vereinigung zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsverhältnisse, wenn ein derartiger Beschluß in Gemäßheit der Satzung von der Innungsversammlung gefaßt worden ist. Nach § 152 Abs. 2 GewO. stand deshalb dem Beklagten der Austritt aus der Innung frei und dieses Recht konnte durch die Satzung nicht beschränkt, insbesondere nicht von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig gemacht werden.

Unerheblich ist, daß der Beklagte die Anerkennung des Tarifvertrages bekannt gegeben hat, bevor er seinen Austritt erklärt hatte. Diese Austrittserklärung lag noch vor dem Erlaß der einstweil. Verfügung. Nachdem aber der Beschluß durch seinen Austritt für den Beklagten unwirksam geworden war, konnte ihm die Veröffentlichung der Anerkennung des Tarifvertrages nicht mehr verboten werden.

Hiernach war die einstweil. Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt. Infolgedessen war sie auf die Berufung des Beklagten aufzuheben. Dem steht nicht entgegen, daß der Kläger nach Erlaß des angefochtenen Urteils sein Geschäft veräußert und angezeigt hat, daß sich dadurch sein Anspruch in der Hauptsache erledigt habe. Der Beklagte hat gleichwohl ein Interesse daran, daß die Verfügung aufgehoben wird. Seinem ausdrücklichen Verlangen auf Aufhebung der Verfügung war deshalb zu entsprechen."

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 26. Juni 1914. H. w. T. — 3 O. 81/14. F—ch.

II. Verfahren.

194. Üblicher Preis für Gutachten nach § 4 GebO. f. Zeugen u. Sachverst. (Fassung v. 10. Juni 1914, RGBl. 214).

GebO. f. Z. u. S. § 4.

Das Landgericht ist der Ansicht, daß der übliche Preis des § 4 GebO. f. Zeugen u. Sachverst. sich an die Sätze des § 3 angliedern müsse und zwar in der Weise, daß ein üblicher Preis nur dann zu berücksichtigen sei, wenn er in dem Rahmen bis zu 3 ℳ und bei besonders schwierigen Leistungen bis zu 6 ℳ liege. Dem kann nicht beigetreten werden.

Nach der älteren Fassung der Geb.-Ordnung erhielt der Sachverständige für seine Leistungen eine Vergütung für Zeitversäumnis bis zum Betrage von 2 ℳ für die Stunde (§ 3); bei schwierigen Untersuchungen und Sachprüfungen war dagegen auf Verlangen eine Vergütung nach dem üblichen Preise zu gewähren (§ 4). Daß darnach in Fällen der letztgedachten Art über den Stundensatz von 2 ℳ hinausgegangen werden konnte, ist nach der Fassung des Gesetzes nicht zweifelhaft und ist in der Praxis stets so gehandhabt worden (KG. Berlin in OLGRspr. 5, 222). Da aber der übliche Preis durchaus nicht nach Stunden bemessen zu sein braucht, sondern ebensowohl eine Pauschsumme üblich sein kann, so folgt hieraus mit Notwendigkeit, daß § 4 dem § 3 gegenüber eine vollkommen selbständige Bedeutung haben muß. Die neue Fassung des Gesetzes hat durch einen Zusatz in § 3 die Möglichkeit geschaffen, bei besonders schwierigen Leistungen ohne weiteres bis zum Stundensatze von 6 ℳ zu gehen, und hat die Beschränkung auf besonders schwierige

Leistungen in § 4 fallen lassen. In der Begründung des Gesetzentwurfes (Reichstag Bd. 303, 2339) heißt es darüber:

Die Einschränkung, wonach nur bei schwierigen Untersuchungen und Sachprüfungen dem Sachverständigen auf Verlangen für die aufgetragene Leistung eine Vergütung nach dem üblichen Preise gewährt werden darf, ist innerlich nicht gerechtfertigt. Sie bildet einen Hauptbeschwerdepunkt der beteiligten Kreise.

Hieraus ist zu folgern, daß § 4 lediglich in seinem Anwendungsgebiet erweitert, an seinem Verhältnisse zu § 3 aber nichts geändert werden sollte. Eben die Beschränkung auf schwierige Fälle, welche der Gesetzgeber beseitigen wollte, bringt das Landgericht durch seine beschränkende Auslegung aber wieder hinein. Das ist offenbar unrichtig. Es ist vielmehr lediglich zu untersuchen, ob die von dem Sachverständigen geforderte Vergütung üblich ist.

Diese Frage ist zu bejahen. Die Berechnung der Gebühren nach der GebO. der Architekten und Ingenieure vom Jahre 1901 ist nach den gemachten Erhebungen allgemeiner Brauch, wenn auch die Anwendung der Sätze auf gerichtliche Sachverständige vor Änderung des Gesetzes auf schwierigere Arbeiten beschränkt bleiben mußte (OLG. Karlsruhe und KG. Berlin in OLGRspr. 5, 222; OLG. Hamburg dort 7, 232). Nachdem nunmehr die Schranke in der Anwendung des § 4 gefallen ist, erscheinen diese Sätze auf Fälle wie den vorliegenden ohne weiteres anwendbar. — — —

Beschluß des OLG. zu Colmar (4. Sen.) v. 1. Mai 1916. IV. W. 55/15.
L—ch.

---

195. Sachverständigen-Gebühren eines Beamten.

Vgl. 40 Nr. 69.
GebO. f. Z. u. S. § 13 Abs. 2.

Es ist zu entscheiden, ob die Gebühren des Sachverständigen Professors Dr. N. nach den reichsgesetzlichen Vorschriften der GebO. f. Z. u. S., in der Fassung v. 10. Juni 1914, oder nach dem Hamburg. Regulativ, betr. die Gebühren der Medizinalpersonen als Sachverständige v. 21. Okt. 1881, zu bemessen sind. Nach dem Hamburg. Regulativ würden sich Gebühren nur im Betrage von höchstens 30 *M* rechtfertigen, während nach der reichsgesetzlichen Vorschrift der erhobene Anspruch von 120 *M* begründet sein würde.

Nach GebO. f. Z. u. S. § 13 Abs. 1 kommen, soweit für gewisse Arten von Sachverständigen besondere Taxvorschriften bestehen, welche an dem Orte des Gerichts, vor welches die Ladung erfolgt, und an dem Aufenthaltsort des Sachverständigen gelten, lediglich diese Vorschriften zur Anwendung. Es kann aber nach Abs. 2 der Sachverständige, wenn er nicht öffentlicher Beamter ist, an Stelle der Gesamtvergütung nach den Taxvorschriften die Berechnung der Gesamtvergütung nach den Vorschriften dieses Gesetzes beanspruchen.

Das Medizinalamt hat sich über die Frage, ob die Oberärzte an den hamburgischen Krankenhäusern als öffentliche Beamte i. S. von GebO. § 13

Abs. 2 anzusehen seien, unter Berufung auf § 359 StGB. dahin geäußert, daß die Oberärzte als öffentliche Beamte im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmungen anzusehen seien. Es gehöre freilich die Erstattung von Gutachten nicht zu ihren Dienstpflichten und es sei deshalb bei der Vernehmung eines Oberarztes als Sachverständigen in jedem Einzelfall zu prüfen, ob er sein Gutachten in Ausübung der ihm vorbehaltenen freien bzw. konsultativen Praxis erstatte, in welchem Falle er nicht als Beamter anzusehen sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus § 359 StGB. zu folgern ist, daß die Oberärzte auch i. S. von § 13 Abs. 2 GebO. öffentliche Beamte sind. Denn auch wenn sie es sind, kann ihnen in einem Fall wie dem vorliegenden der Anspruch auf eine Gesamtvergütung nach der reichsgesetzlichen Vorschrift nicht verschränkt werden.

Die Worte des § 13 Abs. 2 „wenn er nicht öffentlicher Beamter ist" bedürfen einer einschränkenden Auslegung. Das Gesetz kann nicht gemeint haben, daß ein öffentlicher Beamter, der ein mit seiner amtlichen Eigenschaft in keiner Beziehung stehendes Gutachten erstattet, insoweit, falls Taxvorschriften bestehen, des Wahlrechts aus § 13 Abs. 2 beraubt sein soll. Wie den als Sachverständigen zugezogenen öffentlichen Beamten das positive Privileg des § 14 Abs. 1 hinsichtlich der Tagegelder und Reisekosten nur zugute kommt, „wenn sie aus Veranlassung ihres Amtes zugezogen werden und die Ausübung der Wissenschaft, der Kunst oder des Gewerbes, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, zu den Pflichten des von ihnen versehenen Amtes gehört", so kann auch das negative Privileg des § 13 Abs. 2 sie nur treffen, wenn eine Beziehung zwischen ihrer Eigenschaft als öffentliche Beamten und der Erstattung des Gutachtens gegeben ist. Jene Worte können also nur so verstanden werden, als lauteten sie: „wenn er nicht sein Gutachten in seiner Eigenschaft als öffentlicher Beamter erstattet hat".

Der Sachverständige Oberarzt Prof. Dr. N. hat sein Gutachten nicht in amtlicher Eigenschaft erstattet; denn die Erstattung von Gutachten gehört nicht zu den Dienstpflichten der Oberärzte, und das Gericht hat von ihm nicht in dieser Eigenschaft sein Gutachten verlangt. Er kann daher die Berechnung seiner Vergütung nach der GebO. f. Z. u. S. beanspruchen.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 14. Febr. 1916. Th. w. Th. Bf. I. 306/14. Nö.

---

196. Verschulden bei der Frage der Wiedereinsetzung i. d. v. St. gegen ein dem Antragsteller unbekannt gebliebenes Versäumnisurteil.

Vgl. 69 Nr. 203 m. N.

ZPO. §§ 233 Abs. 2, 339.

Durch ein am 18. Nov. 1913 erlassenes Versäumnisurteil war der Beklagte vom Landgericht verurteilt worden, dem Kläger 5400 ℳ Hauptstamm nebst Zinsen zu 4% seit dem 25. Okt. 1913 und weitere 232,90 ℳ Arrest-

kosten zu bezahlen. Wie schon die Klageschrift so war auch das Versäumnisurteil, in welchem die Einspruchsfrist auf drei Wochen festgesetzt war, öffentlich und zwar das letztere in der Weise an den Beklagten zugestellt worden, daß es am 1. Dez. 1913 an die Gerichtstafel angeheftet wurde und dort bis zum 29. Dez. 1913 angeschlagen blieb. Durch Schriftsatz v. 17. Januar 1914, der an demselben Tage beim Gericht einging, legte der Beklagte gegen das Versäumnisurteil Einspruch ein und bat gleichzeitig um Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist, da er von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hätte; er befinde sich seit Monaten im Ausland und sein Aufenthalt sei den Beteiligten unbekannt, er habe weder von der Erlassung des Versäumnisurteils noch von dessen Anheftung an die Gerichtstafel etwas erfahren. — Die Wiedereinsetzung wurde abgelehnt und der Einspruch verworfen. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Aus den Gründen:

„— — — Das Ber.-Gericht will als glaubhaft gemacht unterstellen, daß der Beklagte in der Tat von der Zustellung des Versäumnisurteils nicht eher als wie er selbst angibt Kenntnis bekommen hat. Es hält aber gleichwohl die Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmung in § 233 Abs. 2 ZPO. nicht für gegeben und zwar schon um deswillen nicht, weil an der Nichterlangung der Kenntnis davon nach der eigenen Sachdarstellung des Beklagten sein Vertreter die Schuld trug und dessen Verschulden auch in den Anwendungsfällen der eben angezogenen Gesetzesvorschrift dem Verschulden der Partei selbst gleichgestellt werden muß (§ 232 Abs 2 ZPO.). Nach seiner eigenen Angabe hat der Rechtsanwalt R. am 10. Dez. 1913 den Auftrag übernommen, das Nötige zu tun, um zu erfahren und dem Beklagten mitzuteilen, wenn die nach Einleitung des Arrestverfahrens zu erwartende Hauptklage vom Gegner erhoben werden sollte, und dafür zu sorgen, daß kein Versäumnisurteil auf sie ergehe. Hiernach hatte der Rechtsanwalt R. alle Veranlassung, auf mögliche öffentliche Zustellungen an den Beklagten achtzugeben und daraufhin auch die Gerichtstafel einzusehen oder einsehen zu lassen, an welcher das Versäumnisurteil noch vom 10. bis zum 29. Dezember 1913 angeheftet war. Diese Tatsache hätte also dem Vertreter des Beklagten bei einiger Sorgfalt garnicht entgehen können und zwar noch zu einer Zeit, in der es möglich gewesen wäre, durch rechtzeitige Einspruchseinlegung die Versäumnisfolgen wieder gut zu machen.

Zu einem für ihn günstigeren Ergebnisse wäre übrigens auch dann nicht zu gelangen gewesen, wenn weder ihn noch seinen Vertreter unmittelbar daran, daß er von der Zustellung des Versäumnisurteils keine Kenntnis erhielt, ein Verschulden getroffen hätte. Denn bei der Ermittelung des Sinnes der in § 233 Abs. 2 ZPO. aufgestellten Ausnahmevorschrift ist der Zusammenhang nicht außer acht zu lassen, in welchem sie zu der im vorangehenden 1. Absatz enthaltenen Regelvorschrift steht (RGEntsch. 73, 57). Insofern gewinnen

die Erwägungen Bedeutung, die das Landgericht in der Richtung angestellt hat, daß der Beklagte es überhaupt und schon ehe es zur Erlassung des Versäumnisurteils kam, unterlassen habe, als er ins Ausland ging, die nötigen Vorkehrungen etwa durch Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten oder auf andre Weise zu treffen, um solche prozessuale Möglichkeiten wie die Erlassung eines Versäumnisurteils oder die Versäumung von Notfristen auszuschließen. Aus § 233 Abs. 2 folgt nämlich keineswegs, daß nun in allen Fällen, in denen eine Partei von der Zustellung eines Versäumnisurteils ohne ihr oder ihres Vertreters Verschulden nichts erfahren hat, die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist auch erteilt werden müßte. Vielmehr ist entsprechend der Regel im 1. Abs. erforderlich, daß die Partei durch die unverschuldete Nichtkenntnis an der Fristeinhaltung verhindert worden ist, daß also gerade hierin die Ursache der Versäumung liegt. Dies trifft aber dann nicht zu, wenn eine Partei zwar von der Urteilszustellung schuldlos nichts erfahren hat, aber durch sonstiges Verschulden überhaupt in die Lage gekommen ist, eine Notfrist zu versäumen, wobei wiederum dem Verschulden der Partei das seines Vertreters gleichzustellen ist. Von einem solchen Verschulden ist aber der Beklagte auch dann nicht freizusprechen, wenn man allenthalben seine eigene Sachdarstellung zugrunde legt. Denn auch aus ihr ergibt sich, daß er zeitweise und zwar gerade in der kritischen Zeit ohne einen Vertreter gewesen ist, der gerade sein Augenmerk auf eine etwaige öffentliche Zustellung richtete. Jedenfalls hatte der Beklagte, wenn er es durchaus vermeiden wollte, seinen Aufenthalt im Auslande bekannt werden zu lassen, in der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten das geeignetste, wenn auch keineswegs das einzige Mittel, die Erlassung eines Versäumnisurteils hinter seinem Rücken zu verhindern. Nachdem bereits das Arrestverfahren in Gang gesetzt war, konnte er sich beispielsweise auch des Mittels bedienen, den Gegner auf dem in § 926 ZPO. vorgezeichneten Wege zur alsbaldigen Erhebung der Klage zu zwingen und zu überwachen oder überwachen zu lassen, ob diese fristgemäß erhoben und etwa öffentlich zugestellt werde, oder er konnte selbst Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Arrestanspruchs erheben. Alle diese Wege waren ihm ja als Rechtsanwalt wohlbekannt. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 15. März 1915 i. S. G. w. Gr. 5 O. 248/14. F—ch.

---

197. Voraussetzungen einer Klage auf künftige Leistung nach § 259 und nach § 257 ZPO.

Vgl. 57 Nr. 198; 70 Nr. 163.

ZPO. §§ 257. 259.

Der Kläger hatte bei der Beklagten, einer englischen Versich.-Gesellschaft, eine Versicherung des Inhalts genommen, daß ihm mit Vollendung des

55. Lebensjahres, d. h. am 3. März 1915, die Summe von 25000 ℳ auszuzahlen, im Fall seines früheren Ablebens dieser Betrag von seinen Erben zu beanspruchen sei. Die Versich.-Summe ermäßigte sich unter Berücksichtigung eines auf den Versich.-Schein erhobenen Vorschusses und verschiedener Zuschlagsdividenden auf 13159 ℳ. Die letzte, im Frühjahr 1915 fällig gewordene Prämie, 1158,97 ℳ, hatte der Kläger infolge des Verbots von Zahlungen nach England nicht entrichtet. Der Kläger verlangte auf Grund der §§ 257. 259 ZPO. Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 13159 ℳ am 3. März 1916. — In beiden Instanzen wurde der Klage entsprochen. Auch die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Landgericht nimmt an, daß die Klage nach Vorschrift des § 259 ZPO. begründet sei. Dem vermag das Ber.-Gericht nicht zu folgen. Es muß die Besorgnis gerechtfertigt sein, daß sich die Beklagte der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Das ist nach der deutlichen Sprache des Gesetzes nicht mit der Besorgnis gleichbedeutend, daß der Schuldner nicht rechtzeitig erfüllen werde. Nun steht lediglich fest und ist auch nichts weiteres vom Kläger vorgetragen worden, als daß die Beklagte eine englische Gesellschaft ist, daß die englische Regierung Zahlungen nach Deutschland unter Strafe verboten hat und daß die im Deutschen Reiche verfügbaren Mittel der Beklagten nicht ausreichen, um die Ansprüche ihrer Versicherten zu befriedigen. Daß bloßer Mangel an Zahlungsmitteln die Anwendung des § 259 nicht rechtfertigt, verkennt auch das Landgericht nicht. Es erblickt aber in dem Zahlungsverbot der englischen Regierung gegründeten Anlaß zur Verurteilung. Demgegenüber ist zu erwägen, daß das Zahlungsverbot nur eine Unmöglichkeit der Leistung im Rechtssinne schafft. Die Beklagte würde sich, wenn sie dem Verbot zuwider zahlte, schwerster Bestrafung aussetzen. Ihr kann also die Zahlung nicht zugemutet werden. Daß der deutsche Richter dem englischen Zahlungsverbot an sich keine Wirksamkeit zuzuerkennen hat, darf ihn nicht an der Prüfung hindern, ob sich der dem Verbot fügende englische Schuldner seiner Verpflichtung entziehe. Es kann aber schlechterdings nicht gesagt werden, daß sich der Schuldner, dem die Leistung aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird, seiner Verpflichtung entziehe.

Auch der allgemeine Hinweis auf die schlimmen Erfahrungen, die man bezüglich des Rechtsgefühls der Engländer nach Ausbruch des Krieges gemacht habe, kann nicht zur Anwendung des § 259 ZPO. führen. Diese Bestimmung fordert die Feststellung gerechtfertigter Besorgnis im einzelnen Falle. Es geht zu weit, wollte man sagen, alle Engländer hätten sich nach Beginn des Krieges ihres Rechtsgefühls entäußert. Der Kläger, dessen Sache es wäre, hat keinerlei Tatsachen angeführt, welche einen ungünstigen Schluß bezüglich des geschäftlichen Verhaltens der Beklagten zuließen. In dieser Richtung könnte höchstens der Satz des Rundschreibens in Betracht kommen, ‚daß, falls die deutschen Versicherten es zu einer Konk.-Eröffnung hierselbst

kommen lassen würden, mit der Möglichkeit zu rechnen sei, daß die Londoner Zentrale zum mindesten den Versuch machen werde, sich ihren in Deutschland begründeten Verpflichtungen zu entziehen'. Aber das Rundschreiben ist nicht von der Beklagten, sondern von den gerichtlich bestellten Aufsichtspersonen ausgegangen. Es steht nicht fest, daß die Beklagte von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis erhalten habe oder daß er ihrer eigenen Auffassung entspreche. Überdies ist der Zweck der angezogenen Äußerung klar. Man wollte die Versicherten davon abhalten, ohne Rücksicht auf die Mitbeteiligten die eigenen Rechte zu verfolgen. Es kommt hinzu, daß die in Aussicht gestellte Möglichkeit überhaupt niemals eintreten könnte, weil die Voraussetzungen einer Konk.-Eröffnung gemäß §§ 237. 238 KO. nicht vorhanden sind.

Anderseits ist aber das Ber.-Gericht — und zwar wiederum im Gegensatz zum Landgericht — der Ansicht, daß die Anwendung des § 257 ZPO. geboten ist. Die Tatsache allein, daß der Anspruch auf einen gegenseitigen Vertrag gestützt wird, bei dem naturgemäß Leistung und Gegenleistung an sich im Abhängigkeitsverhältnis stehen, steht der Verurteilung zu zukünftiger Zahlung nicht entgegen. Es kommt wesentlich darauf an, inwieweit diese Abhängigkeit zur Zeit noch besteht. Im vorliegenden Fall ist die Leistung des Klägers mit Ausnahme des letzten Teilbetrages erfolgt. Da Leistung und Gegenleistung in Geldzahlungen bestehen, so löst sich die teilweise Bedingtheit der noch ausstehenden Leistungen ohne weiteres im Verrechnungswege auf. Das würde natürlich dann nicht zutreffen, wenn, ausnahmsweise, der Anspruch des Klägers im ganzen von der Bezahlung auch der letzten Prämie abhängig wäre. Eine solche Abhängigkeit ergibt sich aber weder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, noch ist sie etwa durch die Versich.-Bedingungen geschaffen. Somit ist der Anspruch des Klägers zur Höhe von 12000,03 M, d. h. bis auf den Betrag der letzten Prämie, von jeder Gegenleistung unabhängig. Insoweit ist daher der Klage jedenfalls stattzugeben.

Das gleiche Ergebnis kann für den Restbetrag nicht angesprochen werden. Es liegt auf der Hand, daß der Versicherte nur dann die volle Versich.-Summe ausbezahlt verlangen kann, wenn er seinerseits alle fälligen Prämien entrichtet hat. Insoweit, d. h. ziffermäßig, besteht allerdings eine Abhängigkeit der Leistung von der Gegenleistung, obgleich sie sich hier, wie bereits angeführt, wegen der Natur des beiderseitigen Leistungsgegenstandes durch Verrechnung auflöst. Der Kläger kann daher am 3. März 1916 nur die restliche Versich.-Summe, vermindert um den Betrag der Prämie aus 1915, beanspruchen.

Zu erörtern wäre aber noch, ob nicht dem Kläger trotzdem, dem Inhalt des Versich.-Vertrages zuwider, auf Grund des deutschen Zahlungsverbotes der ganze Betrag zuzusprechen ist. Man würde zu diesem Ergebnisse gelangen, wenn man sagen müßte, daß durch das Zahlungsverbot die Fälligkeit der Gegenleistung des Klägers unter allen Umständen beseitigt sei, und

diese Tatsache, da es sich um eine Vergeltungsmaßregel handelt, auf die Verpflichtung des andern Teiles ohne Einfluß bleibe. Eine so weitgehende Auslegung scheint aber nicht berechtigt. Die Verordnung des Bundesrats hat lediglich die Zahlungspflicht des deutschen Schuldners dem feindlichen Auslande gegenüber vorläufig aufheben wollen. Sie bezweckt aber nicht, in die vertraglichen Beziehungen derart einzugreifen, daß sie dem deutschen Schuldner Vorteile neu verschaffte, auf welche er nach dem Vertrage keinen Anspruch hat. Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Fall, daß der deutsche Schuldner bereits die Gegenleistung des feindlichen Gläubigers erhalten hat, und demjenigen, wo erst in Zukunft die Gegenleistung gegen Gewährung der eigenen Leistung erworben werden soll. Würde man aber selbst in diesem Punkt andrer Auffassung sein müssen, so könnte doch eine Verurteilung der Beklagten in den Restbetrag nicht ausgesprochen werden. Denn es steht heute keineswegs fest, daß das deutsche Zahlungsverbot auch am 1. März 1916 noch in Kraft sein wird. Es erscheint daher nicht in Ordnung, den Kläger auch für den entgegengesetzten Fall von der Verpflichtung, sich den Betrag der letzten Prämie kürzen zu lassen, zu befreien. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 2. Nov. 1915. H. w. Star Life Ass. Soc. Bf. VI. 97/15. Nö.

---

198. Unpfändbarkeit des Flügels und der Noten bei einem Musiklehrer.

Vgl. 41 Nr. 316.
ZPO. § 811 Nr. 5.

Mit Recht geht das Landgericht davon aus, daß für die Frage der Entbehrlichkeit nach § 811 Nr. 5 ZPO. wesentlich ist, ob der Lebensunterhalt des Schuldners und seiner Familie durch anderweitige Hülfsquellen gesichert ist und für die Bestreitung des Lebensunterhalts die Erwerbstätigkeit des Schuldners nicht oder nur unwesentlich in Betracht kommt.

Schuldner wohnt zusammen mit seiner sehr kränklichen und hülfsbedürftigen Ehefrau. Beide sind alte Leute. Dem Gerichte sind die Verhältnisse des Schuldners aus früheren Prozessen bekannt; es ist daher auch in der Lage zu beurteilen, daß die der schuldnerischen Ehefrau aus dem S.schen Testament zustehenden, der Pfändung nicht unterliegenden, Bezüge von jährlich 3000 ℳ nicht ausreichen, um bei den gesteigerten Bedürfnissen der kränklichen Ehefrau des Schuldners und den teuren Lebensverhältnissen der gegenwärtigen Zeit den Lebensunterhalt des Schuldners und seiner Ehefrau zu bestreiten. Schuldner ist daher trotz seines vorgerückten Alters darauf angewiesen, durch persönliche Ausübung seines Berufs als Musiklehrer seine Einkünfte zu erhöhen. Daß er gegenwärtig seinen Beruf als Musiklehrer tatsächlich ausübt, indem er in seiner Wohnung unter Benutzung des Flügels und der Noten seinen Schülern Unterricht erteilt, ist durch die eidesstattliche

Erklärung der Frau Sch. und den Bericht des Gerichtsvollziehers dargetan. Unter diesen Umständen ist die Pfändung des Flügels und der Noten gemäß § 811 Nr. 5 ZPO. unzulässig.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 17. Juni 1916. Sch. & Sohn w. L. — Bs. Z. VI. 63/16. B.

---

199. Unzulässigkeit einer Verrechnung von Gehaltvorschüssen auf den unpfändbaren Gehaltsteil.

Vgl. 42 Nr. 173; 64 Nr. 129; 65 Nr. 22 m. N.; 70 Nr. 13.
ZPO. § 850[1]; BGB. 394. 134.

Als die Gehaltsforderung der vom Beklagten angestellten Balletmeisterin P. vom Kläger gepfändet worden war, kündigte ihr der Beklagte die Stellung, schloß aber alsbald mit ihr am 6. März 1913 einen neuen Anstellungsvertrag, worin er sich ausbedang, daß ein an sie gezahlter Vorschuß von 795 *M* in der Weise verrechnet werden sollte, daß bis zur Abverdienung des Vorschusses von dem monatlichen Gehalt von 300 *M* nur 175 *M* gezahlt würden. Gegenüber einer neuerlichen Pfändung des Klägers und der darauf gestützten Klage auf Hinterlegung oder Zahlung von 175 *M* des Septembergehalts bat der Beklagte um Abweisung und widerklagend um Feststellung, daß er nicht verpflichtet sei, den pfändbaren Teil des Gehalts für die Monate September 1913 bis 1. Febr. 1914 für den Kläger zu hinterlegen. — In 1. Instanz wurde der Beklagte zur Zahlung von 175 *M*, in 2. Instanz nur von 112,50 *M* verurteilt, seine Widerklage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Zu entscheiden ist lediglich, ob und wieweit das Verrechnungsabkommen v. 6. März 1913 dem Klagebegehren entgegenstehe. In dieser Abmachung war nicht ausdrücklich gesagt, ob die in jedem Monat abzuziehenden 125 *M* auf den unpfändbaren oder den pfändbaren Teil des Gehalts verrechnet werden sollten. Wenn jedoch die Vereinbarung den von den Beteiligten offenbar erstrebten Erfolg haben sollte, den Gläubigern der Schuldnerin den Zugriff auf das Gehalt tunlichst zu erschweren oder unmöglich zu machen, so konnte die Vereinbarung nur so gemeint sein, daß die Anrechnung der 125 *M* auf den pfändbaren Gehaltsteil stattfinden sollte. In diesem Fall würde der unpfändbare, durch jene Vereinbarung nicht berührte Teil des Gehalts der Schuldnerin erhalten geblieben sein, und der Beklagte hätte sich demzufolge einem Pfändungspfandgläubiger gegenüber darauf berufen können, daß auf den pfändbaren und gepfändeten Teil des Gehalts bereits 125 *M* durch Verrechnung gezahlt wären. Der Beklagte war indessen nicht imstande, mit der Schuldnerin wirksam zu vereinbaren, daß der Vorschuß auf den pfändbaren Teil des Gehalts verrechnet würde. Die Unwirksamkeit einer derartigen Vereinbarung folgt vielmehr aus den Vorschriften über



die Lohnbeschlagnahme; die zwingendes Recht enthalten. Unpfändbar ist der Arbeits- und Dienstlohn nur bis zu 1500 ℳ, pfändbar ist er, insoweit er die Summe von 1500 ℳ für das Jahr übersteigt (§ 850 Nr. 1; § 4 Nr. 4 LohnbG. v. 21. Juni 1869 in der Fassung v. 28. März 1897). Diese Pfändungsbeschränkung hat den Zweck, dem Dienstverpflichteten den unentbehrlichen Teil seines Einkommens zu sichern. Die Kehrseite der Beschränkung liegt aber darin, daß den Gläubigern der Zugriff auf den entbehrlichen Teil des Schuldnereinkommens nicht entzogen ist und nicht entzogen werden darf. Entgegenstehende Abmachungen, die darauf abzielen, den unpfändbaren Teil des Einkommens zu erhöhen, sind deshalb mit der Zwangsnatur dieser Gesetzgebung unvereinbar und wirkungslos. Auf eine solche unstatthafte Erhöhung des Unpfändbaren würde es hinauskommen, wenn der Schuldner einen Teil seines Gehalts in Gestalt von Vorschüssen gezahlt erhielte und infolge einer Abrede, daß die Vorschüsse auf den pfändbaren Teil des Gehalts anzurechnen wären, imstande sein würde, einen Pfändungspfandgläubiger von dem Zugriff auf einen dem Unpfändbaren gleichkommenden Teil des noch nicht gezahlten Gehaltsbetrages fernzuhalten. Daraus folgt ohne weiteres, daß Vorschüsse auf das Gehalt, die rechtlich nichts andres als Gehaltszahlungen sind (vgl. RG. in JW. 1912, 684 und Komm. von RGRäten² zu § 362 Bem. 4), ganz von selbst und ohne daß es einer Parteivereinbarung bedarf, ja sogar entgegen einer davon etwa abweichenden Parteivereinbarung, auf den unpfändbaren Teil des Gehalts verrechnet werden müssen.

Durch das Verrechnungsabkommen v. 6. März 1913 wurde das Monatsgehalt der Schuldnerin nicht etwa auf 175 ℳ herabgesetzt, es blieb vielmehr nach wie vor, wie das Abkommen übrigens ausdrücklich hervorhob, 300 ℳ und es wurde lediglich die mehrerwähnte Verrechnung von jeweils 125 ℳ auf 300 ℳ ausbedungen. Der unpfändbare Teil des Gehalts berechnete sich mithin nach einem Monatseinkommen von 300 ℳ. Da aber die Schuldnerin unstreitig nicht zwölf Monate, sondern nur acht Monate Gehalt gezahlt erhielt, so war in jedem Monat nicht nur ein Zwölftel von 1500 ℳ = 125 ℳ, sondern ein Achtel von 1500 ℳ = 187,50 ℳ der Pfändung entzogen, denn das vertragliche Einkommen der als Balletmeisterin angestellten Schuldnerin war so bemessen, daß sie davon auch in den vier Monaten, die außerhalb der Spielzeit lagen, ihren Lebensunterhalt bestreiten mußte, und in dem unpfändbaren Betrage von 187,50 ℳ war deshalb das mitenthalten, was die Schuldnerin in den vier erwerblosen Monaten zu ihrem Lebensunterhalt nötig hatte (vgl. OLGRspr. 15, 167. 168).

Demgemäß hat der Kläger in Ansehung des von ihm in Anspruch genommenen Gehalts für September 1913 einen Anspruch nur insoweit, als dieses Gehalt den unpfändbaren Betrag von 187,50 ℳ übersteigt, also nur in Höhe von 112,50 ℳ. Nicht dagegen kann er, wie das Landgericht angenommen hat, 175 ℳ für sich in Anspruch nehmen. Daß er aber nicht Hinterlegung

gemäß § 853 ZPO., dessen Voraussetzungen fehlen, sondern nur Zahlung verlangen kann, hat das Landgericht zutreffend ausgeführt.

Die Klage war daher auf die Berufung des Beklagten insoweit abzuweisen, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 112,50 M verurteilt worden war."

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 28. Sept. 1915. A. w. S. W. U II. 24/15. SchleswHolst. Anz. 1915, 231.

---

200. Haftung des Zwangsvergleichsbürgen auch für eine nicht im Konkurse festgestellte Forderung.

(Vgl. 53 Nr. 141; 58 Nr. 226.)
KO. §§ 193 ff. 146; BGB. § 767.

Michael Gr. schuldete der Anna G. 10000 M, versichert auf seinem Anwesen. Am 18. Febr. 1913 wurde über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet. Am 14. April 1913 machte Michael Gr. den Zwangsvergleichsvorschlag, daß die nichtbevorrechtigten Gläubiger 20% ihrer Forderungen in Raten erhalten sollten, soweit sie anerkannt seien oder noch anerkannt oder gerichtlich festgestellt würden, und daß der Möbelhändler Tr. die Bürgschaft für die richtige Zahlung der Raten übernehme. Tr. hatte in einer Urkunde v. 11. April 1913 die Bürgschaftsannahme in diesem Sinne erklärt. Der Zwangsvergleich wurde bestätigt und am 30. Juni 1913 rechtskräftig. Am 18. Juni hatte Anna G. die 10000 M nebst 400 M Zinsen zum Konkurse angemeldet. Im Schlußtermin v. 26. Juli 1913 wurde die Forderung nur bis zum Betrage von 4000 M nebst 400 M Zinsen anerkannt und für den Ausfall festgestellt, bezüglich des Restes zu 6000 M vom Konk.-Verwalter bestritten. Am 13. Sept. 1913 wurde das Konk.-Verfahren als durch Zwangsvergleich erledigt aufgehoben. Bei der Zwangsversteigerung des Anwesens kam die Forderung der Anna G. nicht zum Zuge. Die Pfändung gegen Michael Gr. zugunsten der Quote aus den festgestellten 4000 M nebst Zinsen, d. i. für 880 M nebst Kosten, blieb erfolglos, worauf Anna G. diese Forderung gegen Tr. als Bürgen ausklagte und beitrieb.

Sodann verklagte Anna G. den Tr. auch auf die Quote aus den bestrittenen 6000 M = 1200 M nebst Zinsen auf Grund seiner Bürgschaft und zugleich den Michael Gr. als Gesamtschuldner. Gr. wurde im Versäumnisverfahren verurteilt, gegen Tr. wurde die Klage abgewiesen. In der Ber.-Instanz wurde auch Tr. verurteilt. Aus den Gründen:

„Die Einwendungen des Tr. sind unbegründet.

Die Behauptung, daß der Zwangsvergleich und die Bürgschaftserklärung nur diejenigen Forderungen beträfen, die konkursmäßig nach § 146 KO. mit Wirkung gegen den Konk.-Verwalter festgestellt wurden, ist nicht richtig. Der § 181 KO. Satz 1 enthält das Gebot, daß der Zwangsvergleich allen nichtbevorrechtigten Konk.-Gläubigern gleiche Rechte gewähre, soweit

nicht die zurückgesetzten Gläubiger ausdrücklich zustimmen. Nichtbevorrechtigter Konk.-Gläubiger aber ist jeder mit einem Vorrecht im Sinne des § 61 KO. nicht ausgestattete persönliche Gläubiger, der einen erzwingbaren, bei der Konk.-Eröffnung begründeten, und aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu erfüllenden Anspruch hat, gleichviel, ob er von seinem Teilnahmerecht Gebrauch macht oder nicht (Jaeger § 3 KO. Anm. 1). Da selbst Gläubiger, die am Konkurs nicht teilgenommen haben, vom Gebot der Gleichheit der Rechte umfaßt werden, so gilt dies natürlich auch von solchen Gläubigern, die zwar zunächst am Konkurse durch Anmeldung ihrer Forderungen teilgenommen, dann aber überhaupt oder hinsichtlich eines Teiles ihrer Forderungen auf konkursmäßige Befriedigung verzichtet haben, ohne gleichzeitig auf die Forderung selbst zu verzichten (Jaeger § 181 Anm. 1 und die dort angef. Entscheidungen). Der letztere Fall liegt hier vor. Die Klägerin hätte, da die Hauptforderung sich als titulierte Forderung i. S. des § 146 Abs. 6 KO. darstellt, trotz des Widerspruchs des Konk.-Verwalters unter Berufung auf den Titel die Auszahlung oder, nach Erhebung einer Widerspruchsklage durch den Konk.-Verwalter, die Zurückbehaltung des auf die Forderung treffenden Anteils verlangen oder unter Umständen auch die Feststellungsklage erheben können (Jaeger § 146 Anm. 27 u. § 168 Anm. 4); dadurch, daß sie es nicht tat, hat sie auf konkursmäßige Befriedigung, nicht aber auf die Forderung selbst verzichtet. Die Vorschriften der §§ 193. 181 KO. gelten also auch für die hier in Frage stehende Hauptforderung. Für die Auslegung des dem Zwangsvergleiche zugrunde liegenden Parteiwillens aber folgt aus der Unabänderlichkeit des Grundsatzes der Gleichbehandlung, daß im Zweifel die mit diesem Grundsatze im Einklang stehende Auslegung, die eine Aufrechthaltung des Vergleichs ermöglicht, als Willensmeinung der Beteiligten anzusehen ist. Das Reichsgericht hat daher mit Recht erkannt, daß die Abrede, es sollten die Gläubiger ‚festgestellter‘ Forderungen 20% erhalten, mit Rücksicht auf den § 181 KO. dahin zu verstehen sei, daß die Vergleichsrechte allen Gläubigern zukommen sollen, deren Forderungen schon beim Vergleichsabschluß festgestellt sind oder später festgestellt werden (Jaeger § 181 Anm. 4; LeipzZ. 1907, 283). Aus dem gleichen Grunde ist bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen, daß die Abrede, es sollten die nicht bevorrechtigten Gläubiger 20% ihrer Forderungen insoweit erhalten, als sie anerkannt seien oder noch anerkannt oder gerichtlich festgestellt würden, auch eine nach Beendigung des Konkurses erfolgende gerichtliche Feststellung umfaßt.

Was aber für die Hauptschuld gilt, muß auch für die Bürgschaft gelten. die Zwangsvergleichsbürgschaft bildet einen Bestandteil des Zwangsvergleichs; die Haftung des Zwangsvergleichsbürgen ist ein den Konk.-Gläubigern gewährtes akzessorisches Recht; eine Beschränkung der Bürgschaftshaftung auf Forderungen, die konkursmäßig anerkannt und festgestellt worden, enthielte also einen Verstoß gegen das in § 181 KO. enthaltene Gebot der Gleich-

behandlung aller Konk.-Gläubiger. Es ist daher auch die Bürgschaftserklärung bis zum Beweise des Gegenteils dahin auszulegen, daß sie sich auf die nach der Beendigung des Konkurses gerichtlich festgestellten Forderungen mit erstreckt und zwar selbst dann, wenn sie dem Garanten zur Zeit des Vergleichsabschlusses unbekannt waren (Jaeger § 146 Anm. 1 a. E.; LeipzZ. 1912, 792; Jaeger § 194 Anm. 6 Satz 2 u. 3). Selbst in dem vom Beklagten erwähnten Fall, daß die Feststellungsklage gegenüber dem Konk.-Verwalter abgewiesen, in dem gegen den Gemeinschuldner durchgeführten Prozesse aber als zu Recht bestehend anerkannt würde, wäre die Haftung des Zwangsvergleichsbürgen — vorbehaltlich der jedem Bürgen zustehenden Einreden — begründet; denn der frühere Gemeinschuldner ist im Verhältnis zum Bürgen der Hauptschuldner, und die Verbindlichkeit des Hauptschuldners ist gemäß dem § 767 BGB. für die Verpflichtung des Bürgen maßgebend. Ganz mit Unrecht beruft sich der Beklagte auf Jaeger; er besagt das Gegenteil (§ 181 Anm. 2).

Der Mangel der konkursmäßigen Feststellung der bestrittenen Teilforderung hat nun aber allerdings die Folge, daß in Ansehung ihrer keine Zw.-Vollstreckung aus dem Zwangsvergleich nach Maßgabe des § 194 KO. stattfindet; vielmehr bedarf die Klägerin gegen den Hauptschuldner und den Bürgen eines anderweitigen Vollstreckungstitels (Jaeger Anm. 3 u. 6 zu § 194). Gegenüber dem Hauptschuldner besitzt sie allerdings bereits einen Titel in der vollstreckbaren Urkunde. Da aber nach dem Zwangsvergleich die 20 % nur aus anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen geschuldet werden und in der Bürgschaftserklärung nur hierfür die Haftung übernommen ist, bedarf es trotz des Vorhandenseins der vollstreckbaren Urkunde einer gerichtlichen Feststellung der bestrittenen Teilforderung. Daß diese gerade durch eine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. herbeigeführt werde, ist nicht notwendig; denn auch in dem auf eine Leistungsklage ergehenden Urteil ist eine gerichtliche Feststellung über den Bestand des geltend gemachten Anspruchs enthalten.

Aber auch die Annahme des Beklagten, daß die gerichtliche Feststellung der Forderung gegen den Hauptschuldner der Inanspruchnahme des Bürgen hätte vorausgehen müssen, ist nach Lage des Falles ungerechtfertigt. Die Einrede der Vorausklage erscheint nach § 773 Nr. 4 BGB. ausgeschlossen, weil die Zw.-Vollstreckung gegen den Hauptschuldner wegen der Quote aus dem festgestellten Teilbetrage fruchtlos geblieben ist. — — — Der Wortlaut des Zwangsvergleichs spricht nicht für die Anschauung des Beklagten. Richtig ist nur, daß die Verurteilung des Hauptschuldners dem Bürgen gegenüber weder Rechtskraft noch Vollstreckbarkeit erzeugt;

Jaeger, § 194 Anm. 6; RGEntsch. 56, 110, (in SeuffA. 59 Nr. 254, 71, 59).

— — —"

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 26. März 1915 i. S. G. w. Gr. L. 955/14. P.

I. Bürgerliches Recht.

201. Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung einer gefälschten Wechselunterschrift.

Vgl. 56 Nr. 260.
BGB. § 177.

Durch das landgerichtliche Urteil sind die verklagten Eheleute samtverbindlich schuldig erkannt, an die Klägerin 8264,37 *M* und 6% Zinsen daraus, sowie 74,80 *M* Wechselunkosten und Provision zu bezahlen, im übrigen ist die auf 12000 *M* Wechselsumme samt Nebensache gerichtete Klage abgewiesen worden. Die Klage stützte sich auf einen am dritten Tage nach Sicht zahlbaren Wechsel über 12000 *M*, gezogen auf W. und von diesem angenommen; auf der Rückseite trägt der Wechsel u. a. die Giros der beiden Beklagten und der Klägerin. Nachdem der Akzeptant Selbstmord verübt hatte, wurde der Wechsel auf Betreiben der Klägerin zur Sicht und Annahme vergeblich vorzulegen versucht und sodann mangels Zahlung protestiert. Die Beklagten bestritten die Echtheit ihrer Unterschrift, sowie jede Zustimmung oder Genehmigung zur Beifügung ihres Namens durch W. — Das Landgericht erachtete nicht als erwiesen, daß W., von dem unbestritten die Giros mit dem Namen der Beklagten herrühren, gerade für diesen Wechsel Vollmacht zur Unterzeichnung gehabt habe, es nimmt aber an, daß die Unterschriften als nachträglich nach § 177 BGB. genehmigt und daher rechtswirksam angesehen werden müßten. Das Urteil des Oberlandesgerichts, das die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, führt zu diesem Punkte folgendes aus:

„Hinsichtlich der Frage, ob eine ‚gefälschte' d. h. bewußt widerrechtlich hergestellte Wechselunterschrift durch nachträgliche Genehmigung (§ 177 BGB.) Rechtswirksamkeit erlangen kann, hat sich das Landgericht lediglich auf das Urteil des Reichsgerichts 1. Zivilsen. v. 8. Juni 1901 (SeuffA. 56 Nr. 260 und JW. 1901, 518[9]) bezogen. Diese Bezugnahme genügt deshalb nicht, weil sich derselbe Senat in einem Urteil v. 13. Juni 1904 (JW. 1904, 497[27]) unter Hinweis auf ROHGEntsch. 21, 165 und die Kommentare zur Wechselordnung von Staub und Bernstein auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt hat. Anderseits hat nach Staub der Oberste Gerichtshof in Wien wiederum

die Wirksamkeit einer nachträglichen Unterschriftsgenehmigung zugelassen. Auch Reichsgerichtsrat Dr. Mansfeld tritt dafür in der Leipziger Zeitschrift 1914, 801 ff. ein; hierauf wird für den Stand der Streitfrage Bezug genommen.

Die Frage ist, da auch im ordentlichen Verfahren Klagegrund in erster Linie die Wechselunterschrift geblieben ist, von Amts wegen zu prüfen. Der Senat verkennt hierbei das Gewicht der für die Verneinung sprechenden Gründe, insbesondere der aus der Wechselordnung entnommenen, keineswegs; er ist aber, indem er sich die Darlegung von Mansfeld aneignet, der Ansicht, daß seit der Entscheidung der Verein. Zivilf. v. 27. Juni 1910 (Entsch. 74, 69) das Gewicht dieser Gründe wesentlich vermindert worden ist und zur Verneinung nicht mehr zureicht. Nach jener Plenarentscheidung ist es zulässig, daß der Vertreter die in Vertretung geleistete Unterschrift lediglich dadurch herstellt, daß er den Namen seines Machtgebers oder desjenigen, für den er ohne Vollmacht handeln will, niederschreibt; eines Zusatzes, der die Tatsache der Vertretung bei dieser Unterschrift ersichtlich macht, bedarf es nicht. Selbstverständlich bedarf es auch keiner Nachahmung der Schriftzüge des Vertretenen; der Vertreter kann mit seiner ihm eigentümlichen Handschrift den Namen des Vertretenen zeichnen. Daß damit insbesondere im Wechselverkehr die Nachprüfung der Echtheit erheblich erschwert wird, ist nicht zu leugnen; es wird dies aber von der Entscheidung der Verein. Zivilsenate in den Kauf genommen, um nicht eine noch größere Gefährdung der Rechtssicherheit zuzulassen. Diese Rechtslage würde bei Aufrechterhaltung der früheren Rechtsprechung hinsichtlich der Unmöglichkeit nachträglicher Genehmigung ‚gefälschter' Wechsel zu folgendem Ergebnis führen: Wenn der Sohn einen Wechsel auf den Namen seines Vaters fälscht, nachträglich aber die Zustimmung des Vaters (Genehmigung) dazu erlangt, so müßte der vom Sohn gezeichnete Name des Vaters auf dem Wechsel gestrichen und dafür der gleiche Name sofort neuerdings hingeschrieben werden, und zwar könnte letzteres wiederum durch den Sohn geschehen, da er ja nunmehr nicht mit nachträglicher Einwilligung (Genehmigung), sondern mit vorheriger (Zustimmung) handeln würde. Das liefe auf einen für die Praxis unverständlichen Formalismus hinaus, der strafrechtliche und zivilrechtliche Begriffe nicht genügend auseinanderhält. Strafbar bleibt der Fälscher, auch wenn nachträglich die Unterschrift genehmigt und damit die ursprünglich nur vorgetäuschte zivilrechtliche Haftung des Dritten tatsächlich begründet wird. Was gegen diese Darlegungen vorgebracht wird (z. B. Frank StGB. Bem. V 1b zu § 267) richtet sich in Wirklichkeit gegen die Entscheidung der Verein. Zivilsenate hinsichtlich der Form der Vertretungszeichnung. Hält man aber an dieser fest, so darf man sich nicht scheuen, auch die Folgerungen zu ziehen und zwar gerade und erst recht für eine formale Skripturobligation wie es der Wechsel ist; denn gerade bei einer solchen Formalobligation ist es außerordentlich mißlich, auf die subjektiven Unterscheidungen eingehen zu

müssen, wie z. B. ob eine ohne Ermächtigung, aber in der sicheren Hoffnung späterer Genehmigung abgegebene Wechselunterschrift durch solche Genehmigung gültig wird.

Der Senat steht also grundsätzlich auf dem Standpunkt des Landgerichts, daß eine nachträgliche Genehmigung der ursprünglich widerrechtlich abgegebenen Unterschrift Rechtswirksamkeit verleiht."

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 5. April 1916. M. w. R. — L. 510/15. F—z.

---

202. Erfüllungsort beim Distanzgeschäft; die Übernahme der Übersendungsgefahr durch den Verkäufer ist regelmäßig ohne Einfluß.

Vgl. 62 Nr. 104 m. N.
BGB. §§ 269; 446.

Der Kläger, Milchhändler in Hamburg, behauptete, mit dem Beklagten einen Milchlieferungsvertrag für die Zeit vom 1. Mai bis 30. September 1915 geschlossen zu haben. Er klagte beim Landgericht in Hamburg auf Schadenersatz wegen Nichtlieferung der Milch im Mai 1915. Der Beklagte, der in Wulfsdorf seinen Wohnsitz hat, erhob den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts, wogegen der Kläger behauptete, daß nach Handelsbrauch und Inhalt des abgeschlossenen Vertrages der Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Beklagten Hamburg sei. — Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Die Frage, an welchem Ort ein Vertrag zu erfüllen ist, ist aus dem Inhalt des Vertrages oder sonstigen Umständen zu ermitteln. Sie ist rein rechtlicher Natur. Daraus ergibt sich, daß sie vom Gericht zu entscheiden ist und daß die Meinung von Milchhändlern oder sonstigen im Milchfach sachverständigen Personen keine Bedeutung haben kann. Aus dem Inhalt des Vertrages, so wie ihn der Kläger behauptet, kann aber nicht geschlossen werden, daß der Erfüllungsort für den Beklagten Hamburg sei.

Nach den Behauptungen des Klägers sollte der Beklagte die von ihm in Wulfsdorf gewonnene Milch durch einen Wagen nach Hamburg befördern lassen, wo sie an den Kläger abgeliefert werden sollte. Der Beklagte sollte also einen Frachtführer mit der Beförderung der Milch beauftragen. Hiernach würde ein Distanzgeschäft vorliegen, bei welchem, von besonderen Umständen abgesehen, der Erfüllungsort für den Verkäufer an seinem Wohnsitze ist. Daran zweifelt auch der Kläger nicht. Er bezweifelt ferner mit Recht nicht, daß auch die Tatsache, daß der Beklagte die Kosten der Beförderung übernommen hat, an dem Erfüllungsort nichts ändert. Er meint aber, unter Berufung auf eine von ihm angeführte Entscheidung des Reichsgerichts, daß der Wohnsitz des Käufers dann als Erfüllungsort anzusehen sei, wenn dieser auch die Gefahr des Transports übernommen habe.

Dem kann nicht beigestimmt werden. Bei dem von dem Kläger angeführten Urteil handelte es sich um eine Dampfmaschine, bei deren Transport die Verhältnisse anders liegen mögen als im vorliegenden Falle. Im allgemeinen geht die, auch vom Reichsgericht mehrfach gebilligte Rechtsmeinung — es mag auf RGEntsch. 68, 78 verwiesen werden — dahin, daß die Übernahme der Transportgefahr noch nicht zu dem Schlusse berechtigt, daß der Erfüllungsort für den Verkäufer am Wohnorte des Käufers sei. Anders würde die Sache vielleicht dann liegen, wenn der Beklagte den Transport auch mit eigenem Wagen übernommen hätte. Das behauptet der Kläger aber nicht.

Das angerufene Gericht war daher nicht zuständig. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 7. März 1916. K. (Kl.) w. L. Bf. III. 309/15. B.

---

203. Die vom Verkäufer übernommenen Kosten der Versendung enthalten in der Regel nur die Kosten der gewöhnlichen Fracht.

BGB. § 448.

Die vertraglichen Abmachungen der Parteien ergeben sich unstreitig aus dem Briefwechsel vom 5. 8. und 9. Dez. 1914. Darnach verkaufte Kläger der Beklagten Hölzer für Kriegslieferungen. Die Ware war frei EBWagen Hemelingen oder Bremen Hauptbahnhof zu liefern und zwar ab 12. Dez. 1914 unter Benutzung sog. Kriegsfrachtbriefe, welche die Beklagte dem Kläger einzusenden hatte. Die Beredung, daß entgegen der Vorschrift des § 448 BGB. der Verkäufer die Kosten der Bahnfracht zu tragen haben solle, kann im allgemeinen nur dahin verstanden werden, daß die Kosten der gewöhnlichen Fracht zu Lasten des Verkäufers gehen sollen. Freilich können im besonderen Falle die Umstände ergeben, daß die Vertragschließenden darunter auch die Kosten der Eilfrachtversendung verstanden wissen wollen. Dafür sind aber in dem hier vorliegenden Falle greifbare Anhaltspunkte nicht gegeben. Die Beklagte findet sie darin, daß es sich um Kriegslieferungen handelte und daß die Abmachungen der Parteien eine beschleunigte Abwicklung des Geschäfts bezweckten. Allein selbst wenn man davon ausgeht und selbst wenn man annimmt, daß der Kläger sich stillschweigend damit einverstanden erklärt habe, daß die unstreitig am 12. Dez. 1914 zu beginnende Lieferung des verkauften Holzes am 18. Dez. zu beendigen sei, so würde diese Tatsache noch nicht zu dem Schlusse nötigen, daß die Parteien übereinstimmend den Willen gehabt hätten, daß die Versendung der Ware mit Eilfracht vorzunehmen sei und daß der Verkäufer die Kosten auch dieser Art des Transports zu tragen haben solle. Dagegen spricht auch der Umstand, daß die Beklagte, als sie dem Kläger der Abrede gemäß mit ihrem Bestätigungsschreiben v. 8. Dez. 1914 die Kriegsfrachtbriefe gleich mit einsandte, nur drei Eilfrachtbriefe schickte. Eine Erklärung dieser eigentümlichen Tatsache, die ein Versehen bei der

Beklagten nahelegen müßte, hat der Anwalt der Beklagten nicht zu geben vermocht. Bezeichnend ist aber auch ferner, daß auf die Eilfrachtbriefe die ersten Wagen zur Versendung gelangten, während die gewöhnlichen Frachtbriefe gerade für die beiden letzten Raten benutzt wurden, diese aber gleichwohl rechtzeitig und, wie die Originale durch die amtlichen Stempel erweisen, nicht minder schnell ans Ziel gelangten als die Eilfrachtsendungen. Ja, während von diesen die erste vier Tage gebrauchte, gelangte die zweite gewöhnliche Frachtsendung bereits in einem einzigen Tage an die Bestimmungsstation.

Wenn die Beklagte daher dem Kläger unter den ihm einzusendenden Kriegsfrachtbriefen einige Eilfrachtbriefe schickte, so konnte der Kläger daraus nur den Wunsch der Beklagten entnehmen, einige Wagen beschleunigt abrollen zu lassen. Diesem Wunsche nicht zu entsprechen, lag für ihn keinerlei Veranlassung vor. Ein Einverständnis aber damit, daß auch die entstehenden Mehrkosten zu seinen Lasten gehen sollten, kann in der Stattgabe jenes Wunsches nicht erblickt werden.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 16. Juni 1916. S. w. Bremer Karosseriewerke. Bf. V. 109/16. Nö.

---

204. Auslegung einer Bemerkung über die Ankunftszeit der Ware.

Vgl. 63 Nr. 111 m. N.; 66 Nr. 202 m. N.
BGB. §§ 459. 271. 157.

Die Klägerin hatte der Beklagten laut Schlußschein am 5. März 1915 25 Fässer nordamerikanische Mitteldärme verkauft. Die Beklagte lehnte die Annahme der Ware ab, weil sie gemäß der Zusicherung, daß „die Ware im nordischen neutralen Hafen gelöscht sei und sich in der Verladung nach Hamburg befinde", gekauft und deshalb mit einem Eintreffen der Ware in Hamburg innerhalb 8 bis 10 Tagen habe rechnen können. Die Zusicherung der Klägerin habe nicht den Tatsachen entsprochen, da sie garkeine in neutralem Hafen gelöschte und in der Verladung nach Hamburg befindliche Ware damals gehabt habe. — Die Beklagte wurde zum Schadenersatz verurteilt. Aus den Gründen:

„Der Beklagten kann nicht darin gefolgt werden, daß mit der im Schlußschein enthaltenen Bemerkung „die Ware ist im nordischen neutralen Hafen gelöscht und befindet sich in der Verladung nach Hamburg," die zu liefernde Ware als eine solche gekennzeichnet und festgestellt sei, welche der erwähnten Angabe entsprechen müsse. Nur wenn die Bemerkung in diesem Sinn aufzufassen wäre, würde Beklagte das Recht haben, die Annahme einer Ware zu verweigern, die der erwähnten Orts- und Verladungsangabe nicht entsprach. Die Klägerin hat aber mit jener Bemerkung lediglich der Beklagten als Käuferin mitteilen wollen, welche Mitteilungen sie über den gegen-

wärtigen Liegeort der zu verkaufenden Ware habe und wie sich daher die Beklagte den mutmaßlichen Weitertransport nach Hamburg und dessen voraussichtliche Dauer berechnen könne. Daß die Klägerin dabei wahrheitsgetreu entsprechend den ihr erteilten Auskünften berichtet hat, und daß insbesondere die Ware mit dem am 4. März 1915 in Kopenhagen eingelaufenen Dampfer „Hellig Olav" verladen gewesen ist, ist durch Vorlage des Telegramms überzeugend dargetan. Nun ist dem Gerichte bekannt, daß im Frühjahr 1915 die Ausfuhr von dänischen Häfen nach Deutschland wegen der strengen englischen Ausfuhrüberwachung vielfach mit großen Schwierigkeiten verbunden und eine Ausfuhr aus Schweden ungleich leichter zu bewerkstelligen war. Es haben daher in jener Zeit viele Waren, die von Dänemark nach Deutschland gehen sollten, notgedrungen den Umweg über Schweden wählen müssen, was die Ankunft in Deutschland natürlich verzögerte. Es ist anzunehmen, daß die hier streitige Partie Mitteldärme aus demselben Grunde über Stockholm nach Hamburg gegangen ist. Ist das aber der Fall, so ist die Klägerin jedenfalls auf Grund der Bemerkung im Schlußschein, ‚die Ware ist im nordischen neutralen Hafen gelöscht ꝛc.', für die Verzögerung der Ankunft nicht haftbar. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg v. 27. Mai 1916. Z. w. S. — Bf. VI. 435/15. Nö.

---

205. Schenkungssteuer; zum Begriff der Anstandspflicht in § 56 Abs. 2 ErbschStGesetzes.

ErbschStGes. v. 3. Juni 1906 § 56 Abs. 2.

Die Klägerin hatte im März 1912 aus Anlaß ihrer Verheiratung von der Großhändlerswitwe R., einer Schwester ihrer Mutter, eine unentgeltliche Zuwendung von 35000 ℳ erhalten. Auf Grund der §§ 55 und 10 Nr. I² ErbschStGes. v. 3. Juni 1906 (RGBl. 654) forderte die Steuerbehörde eine Steuer von 1400 ℳ ein. Nach deren unter Vorbehalt erfolgter Zahlung klagte die Klägerin auf Rückerstattung nebst 4% Verzugszinsen, indem sie unter Berufung auf § 56 Abs. 2 des angezogenen Gesetzes geltend machte, ihre Tante habe mit der Schenkung einer sittlichen Pflicht und einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen. — Während das Landgericht die Klage abwies, verurteilte das Oberlandesgericht den Fiskus klagegemäß; das Reichsgericht hob jedoch auf und stellte das 1. Urteil wieder her. Aus den Gründen:

„Beide Vorinstanzen haben zunächst übereinstimmend verneint, daß die Witwe R. durch die Schenkung der 35000 ℳ einer sittlichen Pflicht im Sinne des § 56 Abs. 2 EStG. entsprochen habe. Abweichend vom Landgericht hat aber der Ber.-Richter angenommen, daß die Witwe R. mit der Schenkung eine Anstandspflicht erfüllt habe, und ist so zur Verurteilung des Beklagten

gekommen. Diese Annahme beruht auf einer Verkennung des Begriffs der Anstandspflicht i. S. des § 56 Abs. 2 EStG. — — —

Nur ein Verhalten, das nach der nicht etwa in den Kreisen der Verwandten und Bekannten, sondern in den weiteren Kreisen aller dem Schenker sozial Gleichstehenden, seiner Standesgenossen, im Verkehr entwickelten allgemeinen Anschauung mit Rücksicht auf den Anstand derart geboten ist, daß sein Unterlassen eine erhebliche Einbuße an Anerkennung und Achtung zur Folge haben würde, rechtfertigt die Befreiung von der Schenkungssteuer, die nicht nur zur Erzielung von Einnahmen, sondern auch zwecks möglichster Ausschließung von Umgehungen der Erbschaftssteuer eingeführt ist, so daß eine einengende Auslegung der Befreiungsvorschrift am Platze ist. Daß aber im vorliegenden Fall die Schenkung durch eine Anstandspflicht in diesem engeren Sinn geboten gewesen sei, ist bei der festgestellten Sachlage zu verneinen.

Zunächst ist zum Nachweis einer solchen Anstandspflicht völlig ungeeignet der vom Ber.-Richter zur Rechtfertigung seiner Auffassung an erster Stelle hervorgehobene Umstand, daß die Schwester der Klägerin aus gleichem Anlaß früher auch ein erhebliches Geldgeschenk erhalten hat. Was der Ber.-Richter in dieser Richtung ausführt, daß ein Unterbleiben der Zuwendung der 35000 ℳ einerseits die Klägerin in den Verdacht eines Mangels verwandtschaftlicher Liebe und Rücksicht gegenüber ihrer Tante und anderseits diese ‚bei den nächsten Angehörigen' in den Verdacht des Geizes gebracht haben würde, reicht nicht aus, um den allein erheblichen Schluß zu rechtfertigen, daß die Tante im Fall des Unterlassens der Schenkung in den ihr sozial gleichstehenden Kreisen eine Einbuße an Achtung und Anerkennung erlitten hätte. Allerdings kann im einzelnen Fall aus der früheren Gewährung einer Zuwendung eine Anstandspflicht zu einer weiteren Schenkung gefolgert werden, wenn sich in der früheren Zuwendung mit Rücksicht auf den mit ihr verfolgten Zweck nach den Umständen zugleich die Zusicherung weiter erforderlich werdender Unterstützung finden läßt, wie es insbesondere in den Fällen der Unterstützung zu Ausbildungs- oder Heilungszwecken möglich erscheint. Dagegen macht der bloße Umstand, daß jemand einem Verwandten einen größeren Betrag schenkt, es nach der maßgebenden, in weiteren Kreisen herrschenden Anschauung noch nicht zu einem Gebot des Anstandes, einem anderen, gleich nahen Verwandten bei gleichem Anlaß gleichfalls ein größeres Geschenk zu machen. In einem solchen Fall erscheint die Schenkerin durch keinerlei auf den Anstand zu nehmende Rücksichten gebunden, vielmehr völlig frei in ihrer Entschließung, während das Gesetz erkennbar die Befreiung von der Steuer nur dann für berechtigt angesehen hat, wenn sich aus den äußeren Verhältnissen für den Schenkgeber eine Nötigung zum Schenken ergibt.

Der Ber.-Richter hat sodann weiter eine Anstandspflicht aus der wiederholt der Mutter der Klägerin gegebenen Zusicherung, auch sie zu versorgen, hergeleitet. Er verkennt nicht, daß ein solches, übrigens nicht nur wegen Form-

mangels, sondern auch wegen des Mangels jeglichen Verpflichtungswillens rechtsunverbindliches Inaussichtstellen eines bestimmten demnächstigen Verhaltens nicht geeignet ist, die später erfolgte Zuwendung als durch den Anstand geboten erscheinen zu lassen, er meint aber, daß die Fortdauer der ungetrübten Beziehungen der Schenkerin zur Familie der Klägerin, sowie der Nichteintritt einer Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Schenkerin in Verbindung mit der Zusage eine Anstandspflicht begründeten. Allein das bloße Fortbestehen der zur Zeit der unverbindlichen Zusage gegebenen Verhältnisse kann nicht ausreichen, um eine aus dieser Zusage selbst sich nicht ergebende Anstandspflicht entstehen zu lassen.

Das Ber.-Gericht hat schließlich angenommen, daß die Witwe R. aus Pietät gegen ihren verstorbenen Ehemann, der wiederholt den Wunsch ausgesprochen hat, daß auch die Klägerin eine Ausstattung erhalten solle, sich zur Gewährung der 35000 M verpflichtet erachtet habe, und hat auch unter diesem Gesichtspunkt in der Schenkung die Erfüllung einer Anstandspflicht erblickt. Auch hierin liegt eine Verkennung dessen, was der Anstand im Sinne des Steuergesetzes erfordert. Die Fälle, in denen das Reichsgericht eine sittliche Pflicht oder doch eine Anstandspflicht bei Schenkungen angenommen hat, mit denen ein Wunsch eines Verstorbenen oder eine ihm rechtlich unverbindlich gemachte Zusage erfüllt wurde, lagen insofern anders, als dort der Verstorbene über seinen Nachlaß, so wie geschehen, nur verfügt hatte in der bestimmten Erwartung und Voraussetzung, daß der Empfänger des Nachlasses diesen zum Teil in der bestimmten Weise verwenden würde. Daß aber im vorliegenden Fall der Wunsch des verstorbenen Ehemannes in einer derartigen Beziehung zu einer letztwilligen Zuwendung an seine Ehefrau gestanden hätte, ist garnicht geltend gemacht. Nach Lage der Sache ist deshalb davon auszugehen, daß die Witwe R. durch den Wunsch ihres Mannes in keiner Weise, auch nicht durch auf den Anstand zu nehmenden Rücksichten gebunden war.

Kann nach alledem die Befreiung des § 56 Abs. 2 EStG. vorliegend nicht beansprucht werden, so rechtfertigt sich die Aufhebung des Ber.-Urteils und die Zurückweisung der Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 8. Febr. 1916. C. w. Bayer. Fiskus. VII. 382/15. F—z.

---

206. Dem Vermieterpfandrechte unterliegen auch die von einem Vorerben eingebrachten zur Erbschaft gehörigen Sachen.

Vgl. 26 Nr. 111; 68 Nr. 103.
§§ 559. 560. 2115 BGB.; § 773 ZPO.

Der Beklagte, in dessen Hause die Witwe B. seit 1912 als Mieterin wohnte, ließ wegen rückständiger Miete die von der Mieterin eingebrachten Sachen

pfänden. Zwei minderjährige Kinder der Mieterin erhoben gegen die Pfändung Widerspruchsklage u. a. mit der Behauptung, daß die gepfändeten Sachen zur Erbschaft ihres 1908 verstorbenen Vaters gehörten, der ihre Mutter zur Vorerbin und sie zu Nacherben eingesetzt habe. — Die Klage wurde ab- und die Berufung zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Richtig ist, daß die Mutter der Kläger bloße Vorerbin ihres Ehemannes geworden ist. Die Kläger sind für den Fall des Todes der Mutter oder ihrer Wiederverheiratung als Nacherben des Vaters eingesetzt, und zwar nur auf das, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge noch übrig sein wird; mithin ist ihre Mutter nach § 2137 BGB. von allen im § 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen, welche sonst für den Vorerben gelten, befreit. Hieraus würde freilich nicht folgen, daß ein persönlicher Gläubiger der Mutter ohne weiteres befugt wäre, auch über Gegenstände, die zur Vorerbschaft gehören, ohne Zustimmung der Nacherben im Wege der Zw.-Vollstreckung zu verfügen. Denn nach § 2115 Satz 1 BGB. ist eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zw.-Vollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konk.-Verwalter erfolgt, im Fall des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, und von dieser Beschränkung kann auch der Erblasser keine Befreiung erteilen (§ 2136 BGB.). Ferner ist in § 773 ZPO. bestimmt, daß der Nacherbe nach Maßgabe des § 771 ZPO. Widerspruch erheben kann, wenn ein Gegenstand, der zu der Vorerbschaft gehört, im Wege der Zw.-Vollstreckung veräußert oder überwiesen werden soll und wenn die Veräußerung oder Überweisung im Fall des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 BGB. dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Nach § 2115 Satz 2 BGB. ist nun aber solche Verfügung dann unbeschränkt wirksam, wenn ein an einem Erbschaftsgegenstande bestehendes Recht geltend gemacht wird, das im Fall des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber wirksam ist. Vorliegendenfalls kann sich der Beklagte den Klägern gegenüber auf ein solches Recht berufen, welches gegen sie im Fall des Eintritts der Nacherbfolge wirksam ist, nämlich auf sein gesetzliches Pfandrecht als Vermieter der Wohnung, in welche die Sachen am 1. Okt. 1912 von der Mutter der Kläger eingebracht waren. Bis zum Eintritt der Nacherbfolge hat der Vorerbe nach dem Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs grundsätzlich die Stellung, die er haben würde, wenn die Nacherbfolge nicht angeordnet wäre. Er ist daher nicht bloßer Nießbraucher, wie der Vorerbe nach preuß. Allg. Landrecht, sondern Eigentümer der Nachlaßsachen. Bringt er in ein von ihm gemietetes Grundstück Nachlaßsachen ein, die er als Vorerbe geerbt hat, so sind dies also ‚Sachen des Mieters', woran der Vermieter für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis nach § 559 BGB. ein Pfandrecht hat.

Fraglich könnte nur sein, ob mit Rücksicht auf die in § 559 Satz 3 BGB. enthaltene Bestimmung, wonach sich das Pfandrecht des Vermieters nicht

auf die ‚der Pfändung nicht unterworfenen Sachen‘ erstreckt, deshalb jene Sache wiederum von der Pfandhaftung wegen der Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis auszunehmen sind, weil § 773 ZPO. vorschreibt, daß Gegenstände, die zu einer Vorerbschaft gehören, nicht im Wege der Zw.-Vollstreckung veräußert oder überwiesen werden sollen, wenn die Veräußerung oder Überweisung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 BGB. dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Allein es ist zu beachten, daß § 773 ZPO. nicht von einem Verbot der Pfändung spricht, sondern (ebenso wie § 772) nur von einem Verbot der Veräußerung (Zw.-Versteigerung) und der Überweisung. Die Pfändung kann also auch im Fall des § 773 nicht abgelehnt werden; nur die Veräußerung und Überweisung der gepfändeten Gegenstände sollen, wenn die erwähnte Voraussetzung feststeht, von Amts wegen unterbleiben, andernfalls soll es dem Nacherben überlassen bleiben, sein Recht im Wege der Klage nach § 771 gegen den die Zw.-Vollstreckung betreibenden Gläubiger geltend zu machen. Im Sinne des § 559 Satz 3 BGB. ‚der Pfändung nicht unterworfen‘ ist also ein Gegenstand nicht um deswillen allein, weil er von der Vorschrift des § 773 ZPO. betroffen wird.

Allerdings hat das Reichsgericht (Entsch. 80, 30 ff., in SeuffA. 68, Nr. 103) entschieden, daß zu den Forderungen, gegen welche nach § 394 BGB. die Aufrechnung nicht stattfindet, auch die Forderungen gehören, welche nach § 773 ZPO. im Wege der Zw.-Vollstreckung nicht überwiesen werden sollen, und in § 394 BGB. ist ebenfalls nur der Wortlaut gebraucht: ‚Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet rc.‘ Aber schon in der erwähnten Entscheidung ist der Hinweis darauf enthalten, daß die Bedeutung der Worte ‚der Pfändung nicht unterworfen‘ nicht überall die gleiche ist und bei § 394 BGB. wegen des Zwecks der Vorschrift, welche die Aufrechnung in demselben Umfange beschränken will wie die zwangweise Veräußerung oder Überweisung einer Forderung unstatthaft ist, eine weitergehende und jedenfalls auch die Beschränkung nach § 773 ZPO. umfassende ist. Dagegen handelt es sich bei der Bestimmung des § 559 Satz 3 BGB., wie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt, lediglich um eine sozialpolitische Vorschrift. Die aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt und im öffentlichen Interesse für unpfändbar erklärten Sachen sollen auch vom gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters ausgenommen sein. Dies zeigt, daß der Gesetzgeber hierbei nur an solche Sachen gedacht haben kann, bezüglich deren um ihrer körperlichen Beschaffenheit willen, insbesondere wegen ihrer Unentbehrlichkeit für den Schuldner oder dessen Familie die Zw.-Vollstreckungsrechte des Gläubigers beschränkt sind. Keineswegs aber können solche Beschränkungen der Zw.-Vollstreckung hier gemeint sein, die, wie § 773 ZPO., nur wegen der besonderen Rechtsbeziehungen, in welchen dritte Personen außer dem Schuldner zu den gepfändeten Sachen stehen, aufgestellt sind. Dabei kann es ganz

dahingestellt bleiben, ob die in § 559 Satz 3 BGB. enthaltene Ausnahme auch lediglich auf diejenigen Sachen zu beziehen ist, welche nach § 811 ZPO. ‚der Pfändung nicht unterworfen sind‘, oder auch auf diejenigen Haushaltungsgegenstände, welche nach § 812 ZPO. ‚nicht gepfändet werden sollen‘ (vgl. darüber Staudinger BGB. 7/8. § 559 Anm. V 1 b). Jedenfalls kommt die Beschränkung in § 773 ZPO. nach § 559 Satz 3 BGB. nicht in Betracht. Der Umstand, daß die sonst pfändbaren Sachen des Mieters zu einer Vorerbschaft gehören, hindert also die Entstehung des gesetzlichen Vermieterpfandrechts keineswegs. Ein solches Pfandrecht muß der Nacherbe im Fall des Eintritts der Nacherbfolge ganz ebenso wie ein vom Vorerben etwa rechtsgeschäftlich bestelltes Pfandrecht gegen sich gelten lassen (vgl. § 2112 BGB.).

Die für den Beklagten gepfändeten Sachen sind nun sämtlich solche, die nicht unter die §§ 811. 812 ZPO. fallen, da ja auch der Gerichtsvollzieher sie sonst nicht hätte pfänden dürfen; Einwendungen in dieser Richtung sind auch von den Klägern nicht geltend gemacht. Folglich unterlagen sie sämtlich dem gesetzlichen Vermieterpfandrecht des Beklagten. Der Beklagte hat dieses Pfandrecht auch gegen die Mutter der Kläger in der wegen der rückständigen Wohnungsmiete v. 1. Okt. 1914 bis 1. April 1915 erhobenen Klage geltend gemacht und die Pfändung v. 19. Juli 1915 ist gerade wegen dieser Mietforderung erfolgt, so daß Beklagter mit seinem durch die Pfändung erlangten Pfändungspfandrecht nichts weiter geltend macht als das von ihm schon vorher an denselben Sachen erworbene Vermieterpfandrecht, welches auch den Klägern gegenüber wirksam ist, so daß sie nach § 773 ZPO. (vgl. § 2115 BGB.) der Pfändung nicht widersprechen können. — — —"

Urteil des OLG. zu Frankfurt a. M. (3. Sen.) v. 6. April 1916. B. u. Gen. (Kl.) w. B. 3 U. 245/15. Cr.

---

207. Ablösung von Teilen eines Gebäudes* durch Zerbrechen eines zuschlagenden Fensters; Entlastungsbeweis**.

*Vgl. 46 Nr. 17; 57 Nr. 62; 58 Nr. 139; 61 Nr. 6. — **Vgl. 70 Nr. 35 m. N.
BGB. §§ 836. 831.

Der Kläger wurde am 28. Sept. 1914 auf dem Bürgersteige vor dem Hausgrundstücke Nr. 67 der B.-Straße in L. von den aus dem zweiten Stockwerk des Gebäudes herabfallenden Trümmern einer Fensterscheibe getroffen und an der Hand verletzt. Für den dadurch erlittenen Schaden machte er die als Eigentümerin des Grundstücks eingetragene und dessen Besitz ausübende off. Handelsgesellschaft F. M. und die Gesellschafter persönlich haftbar, weil sie das Fenster ohne eine Vorrichtung, die es gegen ein Zuschlagen sichere, gelassen hätten. Seine Klage auf Schadenersatz wurde dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Landgericht hat den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt auf Grund der Feststellungen, daß die dem Kläger durch die herabfallende Fensterscheibe beigebrachte Körperverletzung die Folge einer Ablösung von Teilen des im Besitze der verklagten Gesellschaft befindlichen Gebäudes und diese Ablösung wiederum die Folge einer mangelhaften Unterhaltung desselben insofern gewesen sei, als die Besitzerin unter Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht es unterlassen habe Vorkehrungen zu treffen, die ein Zuschlagen des geöffneten Fensters verhindern und die damit verbundene Gefahr beseitigen sollen. Es hat die Beklagten nicht mit dem Verteidigungsvorbringen gehört, daß die Anbringung derartiger Vorrichtungen bei Geschäftsräumen dieser Art nicht verkehrsüblich und das betreffende Fenster für gewöhnlich nicht dazu bestimmt sei, zu Lüftungszwecken geöffnet zu werden, und hat die Gesellschaft auf Grund von § 836 BGB. und die mitverklagten Gesellschafter auf Grund von § 128 HGB. gesamthaftend für den Schaden verantwortlich gemacht. Diesen Feststellungen der Vorderrichter war ebenso wie den daraus gezogenen rechtlichen Schlußfolgerungen beizutreten. Die Ausführungen, mit denen die Beklagten dagegen ankämpfen, — — —können auch, soweit sie noch nicht vom Landgericht zurückgewiesen worden sind, die Ersatzpflicht der Beklagten nicht in Frage stellen.

Zur mangelfreien Unterhaltung eines Gebäudes gehören, wie gerade auch in der von den Beklagten für die Stützung ihres Standpunktes herangezogenen Entscheidung (im Recht 1908, 565 Nr. 3130) hervorgehoben wird, diejenigen Maßnahmen, die nötig sind, um das Gebäude und dessen einzelnen Teile, wozu die Fenster gehören, in einem dem Gebrauchszweck dienenden und etwaigen Gefahren vorbeugenden Zustande zu erhalten. Dieser letzteren Voraussetzung ist jedoch nicht genügt, wenn Fensterflügel mit derartig großflächigen Glasscheiben (von 150 cm Länge und 90 cm Breite), die noch obendrein nach der Straßenseite zu angebracht sind und überhaupt geöffnet werden können — ganz gleich, ob dies häufig oder nur selten geschieht und ob sie nach außen oder nach innen schlagen —, jeder Sicherung entbehren, die das geöffnete Fenster vor dem Zuschlagen schützt. Mit der von ihnen behaupteten Tatsache, daß derartige Vorrichtungen zum Feststellen der geöffneten Fenster sehr häufig zu fehlen pflegten, wollen die Beklagten offenbar beweisen, daß sie die im Verkehr erforderliche, weil im Verkehr übliche Sorgfalt beobachtet hätten. Dies trifft jedoch im vorliegenden Fall nicht zu. Denn gemeiniglich, aber nicht immer, wird das, was im Verkehr üblich ist, auch dem Maße der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entsprechen. Bei Fenstern von derartiger Beschaffenheit und ausnehmender Größe erheischt aber die Verkehrspflicht jedenfalls besondere Vorsichtsmaßregeln, und wenn ihr Fehlen auch bei ihnen so allgemein zu beobachten wäre wie behauptet wird, so wäre eben nur festzustellen, daß sich in diesem Fall das im Verkehr Übliche nicht mit dem deckt, was die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erfordert.

Mit Unrecht vermissen die Beklagten weiterhin den ursächlichen Zusammenhang zwischen einer in der Nichtanbringung von Sicherheitsvorkehrungen etwa zu erblickenden Mangelhaftigkeit der Unterhaltung und dem Unfall. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist anzunehmen, daß, wenn Sicherheitsvorrichtungen irgendwelcher Art, sei es Fensterhaken oder Fensterklammern, vorhanden gewesen wären, derjenige davon Gebrauch gemacht hätte, der das Fenster vor dem Unfall geöffnet hat. Dieser greifbare Sachzusammenhang kann durch die Erwägung nicht zerrissen werden, daß noch andre Möglichkeiten bestanden haben würden, einem gefahrdrohenden Zuschlagen des geöffneten Fensterflügels vorzubeugen (wie durch Vorstellen eines Stuhls oder Einklammern irgendeines Gegenstandes).

Übrigens würden die Beklagten, wenn nicht schon unmittelbar nach § 836, auch mittelbar nach § 831 BGB. zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein, den nach ihrer eigenen Darstellung ihr Angestellter Cl. durch die unterlassene Sicherung des von ihm geöffneten Fensters angerichtet hat. Sie haben zwar versucht, in dieser Richtung den nach der letzteren Gesetzesvorschrift nachgelassenen Entlastungsbeweis dafür anzutreten, daß sie bei der Auswahl jenes Angestellten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hätten. Allein dieser Nachweis würde sie noch nicht von der Haftpflicht befreien. Ein weiteres vermutetes Verschulden des Geschäftsherrn, das ihn haftbar macht, selbst wenn die Sorgfalt der Auswahl der zu einer Verrichtung bestellten Person erwiesen ist, stellt nach § 831 Satz 2 der Mangel gehöriger Sorgfalt bei Beschaffung der Vorrichtungen und Gerätschaften dar, sofern die Ausführung der Verrichtung solche Beschaffungen erforderlich macht. Zu den Verrichtungen der oder eines Angestellten in solchen Geschäftsräumen wie denen der verklagten Gesellschaft gehört es, die Arbeits- und sonstigen Geschäftsräume in Ordnung zu halten; hierein schlägt auch die ab und zu sich nötig machende Durchlüftung der Arbeitsräume. Wer zu diesem Zweck die Fenster öffnen will, muß auch die Vorrichtungen vorfinden, die erforderlich sind, um dies in gefahrloser Weise tun zu können. Insofern lag der Fall vor, daß die Beklagten Vorrichtungen zu beschaffen hatten. Den Beweis dafür, daß sie bei der Beschaffung solcher die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hätten, können die Beklagten nicht führen. Ja es steht sogar das Gegenteil fest infolge des Geständnisses der Beklagten und des Ergebnisses der Augenscheinseinnahme, wonach jede Sicherheitsvorrichtung gefehlt hat, um das Fenster gefahrlos öffnen zu können. Daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde, haben die Beklagten zwar als möglich hingestellt, den Beweis dafür aber haben sie nicht erbracht und können sie nach Lage der Sache nicht erbringen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 8. Nov. 1915. F. M. u. Gen. (Bkl.) w. R. — 5 O. 124/15. Ch.

---

208. Der Beamte haftet auch für fahrlässige Verletzungen der Amtspflicht nur bei dem Nachweise, daß der Verletzte weder jetzt noch früher eine andre Ersatzmöglichkeit versäumt habe.

BGB. § 839.

Der Kläger war als Ersteher in einem Zw.-Verst.-Verfahren dadurch in Schaden gekommen, daß der Beklagte als Versteigerungsrichter erklärt hatte, die in das geringste Gebot fallende, noch in voller Höhe eingetragene Hypothek von 118000 ℳ komme nur noch mit 100000 ℳ in Betracht, indem davon 18000 ℳ bezahlt seien. Er verlangte Schadenersatz in Höhe der zuviel gebotenen 18000 ℳ nebst Zinsen. Die Klage war abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen worden. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht nimmt zutreffend in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats an, daß auf Grund des Art. 1384 des code civil der Staat für ein Verschulden des Vollstr.-Richters in Anspruch genommen werden kann und daß diese Haftung des Fiskus die des schuldigen Beamten gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausschließt. Die Revision hat hiergegen auch keine Angriffe gerichtet. Sie wendet sich nur gegen die Ansicht des Ber.-Gerichts, daß die Berufung auf die Haftung des Staates durch die inzwischen eingetretene Verjährung des Anspruchs gegen den Staat im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen werde. Der Ber.-Richter begründet dies damit, der Beklagte habe den ‚Einwand' nicht dadurch verloren, daß der Kläger in Unkenntnis der Gesetze und ihrer Tragweite, sei es verschuldet oder unverschuldet, die Möglichkeit, vom Staat Ersatz zu erlangen, versäumt habe, denn auch unverschuldete Gesetzesunkenntnis gereiche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Gesetzesunkundigen zum Nachteil.

Demgegenüber ist zunächst zu bemerken, daß die Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 nicht etwa dem in Anspruch genommenen Beamten einen Einwand gewährt, daß vielmehr die Behauptung, der Verletzte vermöge nicht auf andre Weise Ersatz zu erlangen, zur Klagebegründung gehört und also von dem Verletzten näher darzulegen und im Streitfall zu beweisen ist (vgl. RGEntsch. 81, 430; Gruchot 58, 661). Streitig ist aber, was in dieser Hinsicht von dem Verletzten zu behaupten sei, ob die Darlegung genüge, daß er jetzt, d. h. zur Zeit der Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Beamten, nicht auf andre Weise Ersatz erlangen könne, oder daß er zu der Zeit, in der er von dem Eintritt des Schadens und der Haftung des Beamten Kenntnis erlangte, hierzu nicht in der Lage gewesen sei, oder ob er seine Unmöglichkeit, anderweit Ersatz zu erhalten, für die ganze Zeit von der Kenntnisnahme ab darzulegen habe. Der erkennende Senat, der zu dieser Streitfrage bereits zweimal beiläufig Stellung genommen hat (Entsch. 79, 12; 80, 255), ist auf Grund erneuter Prüfung der Frage zu der Ansicht ge-



langt, daß die Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 dahin auszulegen ist: der nur fahrlässig handelnde Beamte kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte ohne sein Verschulden nicht auf andre Weise Ersatz zu erlangen vermag, so daß es also zur Klagebegründung nicht ausreicht, wenn der Verletzte die jetzige Unmöglichkeit eines anderweitigen Ersatzes behauptet, sondern auch darzutun ist, daß er eine früher vorhandene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt habe. Diese Ansicht entspricht nicht nur den allgemeinen Grundsätzen über den Einfluß des Schuldmoments auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse, sondern findet außerdem eine Stütze in der Vorschrift des § 839 Abs. 3 und dessen Entstehungsgeschichte. — — — Durch die Reichstagskommission wurden die Worte ‚vorsätzlich oder fahrlässig' eingefügt, um, wie ausgeführt wurde, die allgemeine Regel zur Anwendung zu bringen, daß der Beschädigte nur dann keinen Ersatzanspruch habe, wenn ihn selbst bezüglich der Nichtabwendung des Schadens ein Verschulden treffe; es entspreche auch nicht der Gerechtigkeit, dem Verletzten den Schaden aufzubürden, auch wenn ihm keinerlei Verschulden hinsichtlich der Nichtabwendung zur Last falle. Diese Erwägung rechtfertigt auch für die Auslegung des § 839 Abs. 1 Satz 2 die Ansicht, daß der Verletzte seinen Ersatzanspruch gegen den Beamten nicht schon dann verliert, wenn er es ohne Verschulden versäumt, von dem in erster Linie Verpflichteten Ersatz zu erlangen. Wenn es sich hier auch nicht um die Nichtabwendung eines noch nicht entstandenen, sondern um Ersatz des bereits erwachsenen Schadens handelt, erscheint es doch nicht minder unbillig, dem durch das Verschulden eines Beamten geschädigten Dritten, der auf die Amtstätigkeit des Beamten angewiesen ist, jeden Ersatzanspruch gegen den schuldigen Beamten zu nehmen, wenn es ihm ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist, von dem in erster Reihe Verpflichteten Ersatz zu erlangen, und ihm so die Gefahr aufzubürden. Anderseits kann man auf diesen Fall nicht die Vorschrift des § 254 Abs. 2 BGB. zur Anwendung bringen, weil, wie soeben erwähnt, der Schaden bereits erwachsen, also nicht mehr abzuwenden ist. Außerdem rechtfertigt die Ausschaltung der Vorschrift des § 254 Abs. 2 durch die Vorschrift des § 839 Abs. 3 auch deren Nichtanwendung auf jenen Fall; eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens, wie es der § 254 vorschreibt, kann hier sowenig stattfinden wie in dem Fall des § 839 Abs. 3. Demnach hat eine schuldhafte Versäumung der Geltendmachung des Ersatzanspruchs gegen den Erstverpflichteten ohne weiteres den Verlust des Ersatzanspruchs gegen den Beamten zur Folge. — — —

Legt man diese Ansicht der Entscheidung des vorliegenden Falls zugrunde, so rechtfertigt die Begründung des Ber.-Gerichts die Klagabweisung nicht. Denn ein Verschulden i. S. des § 276 BGB. wird durch entschuldbaren Rechtsirrtum ausgeschlossen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 2. März 1915 in der preuß. Sache S. (Kl.) w. K. (OLG. Köln). III. 363/14. Auch in RGEntsch. 86 Nr. 68 S. 286.

209. Für den Umfang einer Vorrangeinräumung ist der Wille der Beteiligten entscheidend.

BGB. § 880.

Auf dem Grundstück des Kr. in M. war für den Kläger eine Restkaufgeldhypothek von 14581,75 *M* nebst Zinsen eingetragen. Kr. schloß mit der Beklagten einen Vertrag, durch den diese sich verpflichtete, zur Bebauung des Grundstücks unter näher bezeichneten Bedingungen Baugeld herzugeben. Auf Grund dieses Vertrages ließ Kr. auf das Grundstück hinter der Hypothek des Klägers für die Beklagte eine Darlehnshypothek von 137000 *M* und eine weitere Hypothek von 7000 *M* eintragen. Diesen Hypotheken räumte der Kläger in einer Verhandlung v. 16. Okt. 1909 unter Zustimmung Kr.s vor seiner Hypothek den Vorrang ein; gleichzeitig verpflichtete sich Kr. dem Kläger gegenüber, die Hypotheken der Beklagten löschen zu lassen, soweit sie sich mit dem Eigentum am Grundstück in einer Person vereinigten. Die Vorrangeinräumung und eine Vormerkung der eben gedachten Verpflichtung Kr.s wurden am 26. Okt. 1909 eingetragen. Am 20. Okt. 1909 schrieb die Beklagte dem Kläger unter Bezugnahme auf eine Unterredung von demselben Tage und unter Übersendung einer Abschrift des Baugeldvertrages mit Kr., daß sie „die Raten nur zu den im Baugeldvertrage angesetzten Baustadien" zahle, und in einem weiteren Schreiben v. 22. Okt. 1909 wiederholte sie diese Erklärung. Das Grundstück kam im Jahre 1910, bevor der Bau von Kr. zu Ende geführt war, zur Zw.-Versteigerung. Bei der Kaufgelderverteilung erhielt die Beklagte daraus auf ihre Hypotheken 116321,23 *M* ohne Widerspruch des Klägers zugeteilt, während dieser mit seiner Hypothek ganz ausfiel. — Der Kläger klagte demnächst auf Zahlung von 14581,75 *M* nebst Zinsen, indem er geltend machte, daß die Beklagte nach dem Baugeldvertrage und nach der ihm gegenüber eingegangenen Verpflichtung nur 85000 *M*, höchstens aber 89000 *M* Baugeld habe verabfolgen und auf ihre Hypothek von 137000 *M* zum Ansatz bringen dürfen; nähme man noch etwa 6000 *M* für Provisionen und Kosten hinzu, so habe die Beklagte mindestens den seine Hypothek deckenden Unterschied von 116321,23 *M* und 95000 *M* zu Unrecht erhalten. — Das Landgericht verurteilte die Beklagte nach dem Klagantrage. In 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht hob jedoch auf und verwies die Sache in die Ber.-Instanz zurück. Aus den Gründen:

„Mit Recht und in Übereinstimmung mit dem Standpunkt einer feststehenden Rechtsprechung ist das Ber.-Gericht davon ausgegangen, daß der Kläger dadurch, daß er der Zuteilung der 116321,23 *M* aus dem Versteigerungserlöse auf die Hypotheken der Beklagten nicht widersprochen hat, nicht gehindert sei, einen durch diese Zuteilung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründeten Anspruch gegen die Beklagte im gewöhn-

lichen Klagewege geltend zu machen (vgl. RGEntsch. 39 Nr. 93 S. 379; 42 Nr. 58 S. 247; 58 Nr. 39). — — —

Mit Recht bekämpft die Revision die Verwerfung des Klagegrundes der ungerechtfertigten Bereicherung.

Für den dinglichen Umfang einer bewilligten und eingetragenen Vorrangeinräumung ist der Wille der an der erforderlichen dinglichen Einigung Beteiligten, des vortretenden und des zurücktretenden Berechtigten (§ 880 BGB.), auch dann maßgebend, wenn sie in der Grundbucheintragung nicht zu entsprechendem Ausdruck gelangt. Jedenfalls wird die Vorrangeinräumung durch die Eintragung nur in dem Umfange dinglich wirksam, als die erforderliche Einigung nach dem Willen der daran Beteiligten reicht (vgl. RGEntsch. 59 Nr. 85 S. 315; ferner bei Gruchot 52, 1060). Liegt nun nach der Feststellung des Ber.-Gerichts der Vorrangeinräumung im vorliegenden Fall ein Vertrag der Parteien zugrunde, nach dem sich die Beklagte verpflichtet hat, das Baugeld an den Eigentümer Kr. nur in den im Baugeldvertrage festgesetzten Teilbeträgen und nicht vor Erreichung der dafür vorgesehenen Stufen im Fortschreiten des Baus auszuzahlen, so läßt sich ohne weiteres annehmen, daß nach der zur Vorrangeinräumung erforderlichen dinglichen Einigung der Parteien der zur Sicherung der Baugeldforderung der Beklagten bestellten Hypothek der Vorrang auch nur insoweit eingeräumt worden ist, als sie durch genaue Einhaltung der im Baugeldvertrage festgesetzten Ratenzahlungen gedeckt wurde. Auf diesem Standpunkt steht auch das Ber.-Gericht. Dann aber konnte die Beklagte auf Grund ihrer Hypothek von 137000 M auch bei der Zw.-Versteigerung des Grundstücks eine Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse vor der Hypothek des Klägers nur insoweit beanspruchen, als jene Hypothek durch Zahlungen gedeckt war, die im Rahmen der im Baugeldvertrage vorgesehenen Baugeldraten lagen, und hat sie mit dem, was sie aus dem Versteigerungserlöse auf den nicht durch solche Zahlungen gedeckten Teil ihrer Hypothek erhielt, etwas ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Klägers erlangt. Dies würde sie nach den §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 verpflichten, dem Kläger das so ohne Rechtsgrund Erlangte oder einen entsprechenden Geldbetrag herauszugeben. Die Ausführung des Ber.-Gerichts, daß die Beklagte die in der Zw.-Versteigerung erhaltenen Beträge auf Grund ihrer Hyp.-Eintragungen nach Maßgabe des Zw.-Verst.-Gesetzes erhalten und auf ihre Hypotheken die ihren Forderungsanmeldungen entsprechenden Beträge bezahlt habe, berücksichtigt die dargelegte Beschränkung der Vorrangeinräumung und den Umstand nicht, daß die Beklagte für ihre Forderungen, soweit die Vorrangeinräumung nicht reichte, erst nach der Hyp.-Forderung des Klägers Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse zu beanspruchen hatte.

Die Beklagte würde übrigens auch dann auf Kosten des Klägers ohne Rechtsgrund bereichert sein, wenn sie abgesehen von der dinglichen Einigung

und der dadurch beschränkten dinglichen Wirkung der Vorrangeinräumung durch den festgestellten Vertrag der Parteien dem Kläger gegenüber nur schuldrechtlich verpflichtet war, den eingeräumten Vorrang nur insoweit für ihre Hypothek in Anspruch zu nehmen, als diese durch dem Vertrage entsprechende Baugeldzahlungen gedeckt war (vgl. RGEntsch. 71 Nr. 106 S. 426; JW. 1902, 170[30] und 1906, 29[36]).

Durch seine Stellungnahme zu dem Klagegrunde der ungerechtfertigten Bereicherung hat das Ber.-Gericht den § 812 sowie die §§ 880. 873 BGB. verletzt. Sein auf dieser Gesetzesverletzung beruhendes Urteil war nach den §§ 549. 564 ZPO. aufzuheben. In der Sache selbst konnte der Senat nicht entscheiden, da das Ber.-Gericht nicht bestimmt festgestellt hat, ob die Baugeldzahlungen, die die Beklagte entgegen dem Vertrage der Parteien vor Fälligkeit der betreffenden Baugeldraten gezahlt hat, den vom Kläger beanspruchten Betrag von 14581,75 ℳ erreichen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 27. Okt. 1915. W. (Kl.) w. Bod. u. BaukrGes. (KG. Berlin). V. 199/15.

---

210. Ehescheidung wegen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses; Beweislast des klagenden Teils über das Verschulden (Zurechnungsfähigkeit) des andern.

BGB. § 1568.

Der Scheidungsklage seiner Frau gegenüber hatte der Beklagte eine Widerklage auf Scheidung erhoben, die auf § 1568 BGB. gestützt war. Die Widerklage wurde in allen Instanzen für unbegründet erklärt. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht hat eine Anzahl Verstöße der Klägerin gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten festgestellt und ausgesprochen, daß das Verhalten der Klägerin in seiner Gesamtheit objektiv betrachtet sich als schwere Eheverfehlung darstelle. Es hat aber auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen S., der im Februar und November 1913 zwei Anfälle von Geisteskrankheit bei der Klägerin beobachtet und sich über ihren Gesamtzustand dahin ausgesprochen hat, daß er auch außerhalb der beiden Anfälle von ausgeprägter geistiger Störung eine Reihe von psychopathischen, speziell sog. hysterischen Zügen dargetan habe, nicht die Überzeugung erlangt, daß die Klägerin für ihr Verhalten verantwortlich gemacht werden könne. Es wird ausgeführt: Nach § 1568 BGB. sei davon auszugehen, daß der Beklagte den Nachweis des Verschuldens der Klägerin erbringen müsse. Es sei irrig, wenn der Beklagte meine, die Klägerin müsse beweisen, daß sie kein Verschulden treffe, weil man davon auszugehen habe, daß jeder so lange für seine Handlungen verantwortlich sei, als die Willensunfreiheit nicht feststehe. Wie

die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 1568 müsse der die Scheidung verlangende Ehegatte auch das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens nachweisen. Diesen Beweis habe der Beklagte nicht erbracht.

Die Revision rügt Verletzung der Grundsätze über die Beweislast. Sie vertritt die Ansicht, daß der Beklagte seiner Beweispflicht genügt habe durch den Nachweis eines sich objektiv als schwere Eheverfehlung darstellenden Verhaltens der Klägerin, das bei normaler Geistesbeschaffenheit derselben ein Verschulden ergeben würde, und daß demgegenüber der Klägerin der Beweis obliege, daß ihr Verhalten auf krankhafter Geistesstörung beruhe und deshalb ihr nicht zum Verschulden anzurechnen sei. Diese Rüge ist nicht begründet.

Das Reichsgericht hat bereits wiederholt ausgesprochen, daß der Ehegatte, der eine Eheverfehlung als Scheidungsgrund gemäß § 1568 BGB. geltend macht, den Vorfall in vollem Umfange darlegen und auch die Abwesenheit von Umständen dartun muß, die ein Verschulden des andern Gatten ausschließen oder eine mildere Beurteilung rechtfertigen, und daß dies insbesondere auch dann gilt, wenn sich der andre Ehegatte auf Notwehr beruft (Urt. v. 30. Okt. 1911, IV. 102/11 und Warneyer Rspr. 1913 Nr. 328). Die Ansicht der Revision, wer Notwehr behaupte, sei dafür beweispflichtig, widerspricht demnach jedenfalls auf dem Gebiete des Ehescheidungsrechts der Rechtsprechung des Reichsgerichts, von der abzugehen der erkennende Senat keine Veranlassung findet. Vom Standpunkte dieser Rechtsprechung aus ist es aber nicht zu beanstanden, wenn das Ber.-Gericht gegenüber der Verteidigung der Klägerin den Beklagten dafür als beweispflichtig angesehen hat, daß der Klägerin ihr festgestelltes Verhalten als Verschulden anzurechnen, also nicht auf eine ihre Verantwortlichkeit ausschließende geistige Erkrankung zurückzuführen sei.

Aber auch abgesehen hiervon, beruht die Entscheidung des Ber.-Gerichts nicht auf einer Überspannung der Anforderungen an die Beweispflicht des Beklagten. Das Ber.-Gericht hat Beweis über die Zurechenbarkeit der Handlungen der Klägerin erhoben und ist auf Grund der Würdigung des Beweisergebnisses zu der positiven Feststellung gelangt, daß deren gesamtes Verhalten auf geschlechtlichem Gebiet auf eine krankhaft hysterische Grundlage zurückzuführen sei. Allerdings kann nicht jede auf einer hysterischen Grundlage beruhende Verfehlung ohne weiteres als unverschuldet angesehen werden, vielmehr wird hierfür der Grad der Krankheit und das Maß des von ihr ausgehenden Einflusses auf den Willen der Frau im einzelnen Falle von maßgeblicher Bedeutung sein. Daß aber schwere Hysterie der Frau geeignet ist, ihre Verantwortlichkeit für die im Zustande der Erregtheit begangenen Verfehlungen auszuschließen, ist vom Reichsgericht bereits anerkannt (IV. 237/12). Aus den Feststellungen, die das Ber.-Gericht trifft, ist zu entnehmen, daß es einen Fall schwerer Hysterie bei der Klägerin als vorliegend

angesehen hat. Ihr Zustand hat zu zeitweiligen Anfällen ausgesprochener Geistesstörung geführt, bei deren einem das Auftreten von Sinnestäuschungen und Wahnideen festgestellt worden ist, und die Zeuginnen R. und H. haben bei dem von ihnen bekundeten Verhalten der Klägerin den Eindruck gehabt, daß sie geistig nicht normal sei. Wenn bei dieser Sachlage das Ber.-Gericht die Überzeugung nicht hat gewinnen können, daß die Klägerin für ihre Verfehlungen verantwortlich zu machen sei, so ist in rechtlicher Beziehung dagegen nichts zu erinnern. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 16. Sept. 1915. K. w. K. (OLG. Darmstadt). IV. 75/15.

---

211. Verweigerung der Aussteuer wegen unsittlichen Lebenswandels; Beweislast.

BGB. §§ 1621 Abs. 2, 2333 ff.

Auf Klage der Tochter war der Beklagte verurteilt worden, ihr zur Verheiratung mit H. eine Aussteuer von 5000 ℳ zu zahlen. Seine Einrede, daß die Klägerin ihren Aussteueranspruch durch unsittlichen Lebenswandel verwirkt habe, war verworfen worden. Seine Revision blieb erfolglos. — Aus den Gründen:

„— — — Das Ber.-Gericht hat seiner Entscheidung die vom Senat im Urteil v. 6. März 1911 (RGEntsch. 77, 162) aufgestellten Rechtssätze zugrunde gelegt. Die von der Revision gegen dieses Urteil erhobenen Bedenken sind nicht begründet. Das Urteil beschäftigt sich mit zwei Fragen: zunächst mit der Frage, ob es nach § 1621 Abs. 2 BGB. zur Verweigerung der Aussteuer genüge, wenn die sie verlangende Tochter früher einmal einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel geführt hat, oder ob es erforderlich sei, daß sie ihn bis zur Eheschließung fortgesetzt hat. An zweiter Stelle wird die damit zusammenhängende Frage der Beweislast behandelt. In erster Beziehung wird dargelegt, daß nach dem von der Verweisung im § 1621 Abs. 2 betroffenen § 2336 die Pflichtteilsentziehung nur dann wirksam sei, wenn die Tochter sich noch zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung schlecht führe, und aus der entsprechenden Anwendbarkeit dieser Vorschrift gefolgert, daß Vater oder Mutter auch nur dann die Aussteuer verweigern könnten, wenn die Tochter noch in dem Zeitpunkt, in welchem der Anspruch auf die Aussteuer an sich zur Entstehung gelange, also im Zeitpunkte der Heirat (vgl. JW. 1915, 33[7]) dem unsittlichen Lebenswandel ergeben sei. Dagegen wird angenommen, daß für die sich aus § 2336 ergebende zwiefache Regelung der Beweislast, je nachdem es sich um die Frage des Bestehens des anstößigen Wandels zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung (Abs. 3) oder der Abwendung der Tochter davon zur Zeit des Erbfalls (Abs. 4) handle, im Falle des § 1621 kein Raum sei, weil hier für die Frage, ob die Verwei-

gerung der Aussteuer berechtigt sei, eben nur ein einziger Zeitpunkt in Betracht kommen könne, nämlich der der Eheschließung. Den Beweis des Tatbestands der gegenüber diesem Anspruch zulässigen Einrede habe aber der Einredeberechtigte zu beweisen, also der Vater oder die Mutter.

Die Revision meint zunächst, bei der Technik des Bürgerl. Gesetzbuchs würde es befremden, daß in dem § 1621 Abs. 2 nicht auch auf die Vorschrift des § 2336 Abs. 4 verwiesen sei. Aber im § 1621 ist keiner der über die Entziehung des Pflichtteils handelnden Paragraphen in Bezug genommen. Es ist nur gesagt, daß der Vater und die Mutter die Aussteuer verweigern können, wenn sich die Tochter einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Verpflichteten berechtigt, ihr den Pflichtteil zu entziehen. Damit ist, wie schon im Urteil v. 6. März 1911 ausgeführt ist, auf die Gesamtheit der die Entziehung des Pflichtteils regelnden Vorschriften verwiesen, und es ist der richterlichen Prüfung überlassen, inwieweit diese Vorschriften auch auf den Fall der Verweigerung der Aussteuer entsprechende Anwendung leiden.

Weiter macht die Revision geltend, der Vater und die Mutter könnten ja nach § 1621 Abs. 1 den Anspruch auf die Aussteuer schon dadurch hinfällig machen, daß sie die elterliche Einwilligung zur Verheiratung der Tochter verweigerten, während sie den Pflichtteil nur in den im § 2333 vorgesehenen Fällen entziehen dürften; diese freiere Stellung der Eltern im ersten Falle spreche für die Annahme, daß sie die Aussteuer auch dann versagen könnten, wenn die Tochter lediglich früher einmal einem schlechten Lebenswandel sich hingegeben habe. Dabei übersieht die Revision aber, daß der § 1621 Abs. 1 von der erforderlichen elterlichen Einwilligung spricht, daß die Eltern die Aussteuer also nur dann versagen dürfen, wenn die Tochter ihre Einwilligung zur Heirat in einem Falle nicht einholt, in dem sie nach den §§ 1305 ff. gesetzlich vorgeschrieben ist.

Nicht zutreffend ist endlich die Auffassung der Revision, die im Urteil v. 6. März 1911 aufgestellten Grundsätze führten zu einer Umkehrung der Beweislast, wie sie im § 2336 Abs. 4 geregelt sei. Wenn hiernach der Gesetzgeber die Beweislast dem Enterbten auferlege, so sei es ohne gesetzliche Vorschrift nicht angängig, bei der Versagung der Aussteuer den Elternteil für beweispflichtig zu erklären. Aber hier trifft das zu, was die Revision selbst ausspricht, wenn sie sagt, die Vorschriften des § 2336 seien in allen ihren Einzelheiten auf die Entziehung des Pflichtteils abgestellt und ließen sich ohne sachliche Umgestaltung auf die Verweigerung der Aussteuer nicht anwenden. Gerade das ist der Grund, weshalb das Urteil v. 6. März 1911 den § 2336 Abs. 4, soweit er die Beweislast regelt, im Fall des § 1621 nicht für anwendbar erachtet. Für diesen Fall ergibt vielmehr schon die entsprechende Anwendung des § 2336 Abs. 3, daß der verpflichtete Elternteil den Nachweis führen muß, daß dem Aussteueranspruch die hier erörterte Einrede entgegenstehe.

Stellt man sich aber auf den Rechtsstandpunkt des Urteils v. 6. März 1911, so gibt die Begründung des Ber.-Urteils zu Bedenken keinen Anlaß. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 4. Nov. 1915. B. (Bkl.) w. H. (OLG. Naumburg). IV. 590/14.

---

212. Aufrechnung des Nachlaßschuldners gegen die Klage eines Miterben aus § 2039 BGB. mit einer Forderung an den Nachlaß.

BGB. §§ 2039. 2040.

Die Witwe H. hatte dem Beklagten gegen die Verpflichtung jederzeitiger Rückgabe 1600 ℳ zur Aufbewahrung übergeben. Zwei ihrer 18 Erben klagten auf Hinterlegung der 1600 ℳ für die Erben. Der Beklagte wollte mit einer Gegenforderung gegen die Erblasserin aufrechnen und drang in 2. Instanz damit durch. Aus den Gründen:

„Zwingende Gründe praktischer Natur und die Entstehungsgeschichte des § 2039 BGB. führen dazu, die Aufrechnung zuzulassen. Aus § 2040 BGB. läßt sich die zur Entscheidung stehende Frage nicht beantworten, denn die Bestimmung des Abs. 2: ‚Gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung kann der Schuldner nicht mit einer ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehenden Forderung aufrechnen' gibt keinen Aufschluß darüber, wem gegenüber die Aufrechnung zu erklären sei, steht daher nicht ohne weiteres im Gegensatz zu Abs. 1, wonach die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können. Der Abs. 2 will auch keinen besonderen erbrechtlichen Grundsatz aufstellen, sondern bringt nur den allgemeinen Grundgedanken des Gesamthandverhältnisses zum Ausdruck (Dernburg B.R. 2 § 64) und entspricht wörtlich den für die Gesellschaft und für die Gütergemeinschaft geltenden Bestimmungen, denen er ohne weiteres nachgebildet ist (Prot. 5, 865 ff.; §§ 719. 1442. 1471 BGB.).

Deshalb ist von der Vorschrift des § 2039 auszugehen, welche lautet: ‚Gehört ein Anspruch zum Nachlaß, so kann der Verpflichtete nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur die Leistung an alle Erben fordern. Jeder Miterbe kann verlangen, daß der Verpflichtete die zu leistende Sache für alle Erben hinterlegt, oder — — — an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert'. Hierdurch wird der Grundsatz, daß nur die Gesamtheit der Miterben befugt ist, die Rechte des Nachlasses gerichtlich geltend zu machen, durchbrochen und nach dem Vorbilde der preußischen Praxis dem einzelnen Miterben die Verfolgung gemeinsamer Rechte gestattet. Dies ist aus Zweckmäßigkeitsgründen geschehen, weil die Erhebung der Klage durch alle Erben häufig nahezu unausführbar ist. Die Miterben könnten schwer geschädigt werden, wenn ein einzelner aus Gleichgültigkeit oder Eigen-

sinn die Beteiligung an der Geltendmachung gemeinschaftlicher Rechte ablehnte; möchte dann auch eine Klage gegen den widerstrebenden Genossen auf Mitwirkung zu den gerichtlichen Schritten rechtlich zu begründen sein, so wäre ein solcher Umweg weitläufig und unter Umständen nicht gangbar (Prot. 5, 864). Nach preuß. Recht war dem Miterben bei Durchführung seiner Klage alles gestattet, wodurch die Rechte der übrigen Erben nicht verletzt oder der Verpflichtete nicht in eine schlechtere Lage versetzt wurde. So führt das Obertribunal in seiner Entscheidung v. 28. Sept. 1871 (Striethorst 81, 186) aus:

> Das eigentliche Fundament der Sonderklage des Miterben beruhe darauf, daß die Forderung sämtlichen Erben zustehe, daß sie ihnen gegenüber vom Schuldner anerkannt werden müsse und durch Einwendungen dieses nicht beseitigt werden könne. Insofern aber den sämtlichen Erben gegenüber, wenn sie gemeinschaftlich den Anspruch einklagten, gewisse Einwendungen durchgreifen würden, müsse der Schuldner damit auch auf die Klage des einzelnen Erben gehört werden.

Diese Grundsätze sind daher für die Auslegung des § 2039 Satz 2 BGB. maßgebend. Wenn auch richtig ist, was das Landgericht sagt, daß der klagende Miterbe nicht mit Wirkung für oder gegen die Erbengemeinschaft die Schuld anerkennen oder bestreiten kann, so ist doch ebenso sicher, daß in dem von dem einzelnen Erben angestellten Sonderrechtsstreit dessen Erklärungen und Prozeßhandlungen, z. B. Anerkenntnis, Geständnis ꝛc. in dem Einzelrechtsstreit die ihnen auch sonst zukommende Rechtswirkung ausüben müssen. Es ist davon auszugehen, daß der Miterbe, wenn er auch keineswegs den Gesamtanspruch mit Wirkung für und gegen die übrigen Erben zum Prozeßgegenstande macht (Jahrb. des deutschen Rechts 1903, 234), aus dem gemeinsamen Recht klagt. Er darf den Schuldner nicht in schlechtere Lage bringen, als wenn sämtliche Erben vorgegangen wären. Insbesondere stehen ihm sämtliche Einwendungen entgegen, welche der Schuldner allen Miterben gegenüber vorbringen könnte (vgl. Dernburg a. a. O. 5, 502. 503).

Im vorliegenden Fall würde der Beklagte, wenn er von der Erblasserin selbst oder von sämtlichen Erben in Anspruch genommen wäre, mit seiner ihm gegen die Erblasserin und damit gegen den Nachlaß zustehenden Gegenforderung aufrechnen können und so die Klageforderung zum Erlöschen bringen. Wollte man ihm diese Befugnis hier versagen, so würde seine Lage erheblich schlechter sein. Denn solange ihm aus irgendwelchen Gründen die Ermittelung der übrigen Miterben, etwa weil sie sich wie hier zum Teil in Amerika befinden, oder infolge neuerlicher Erbfälle, nicht gelingen würde, wäre er gezwungen, auf das von dem Kläger erzielte Urteil hin zunächst die Schuldsumme für alle Erben zu hinterlegen, da ja, solange die Aufrechnungserklärung nicht allen zugegangen wäre, nach den Ausführungen des Vorderrichters die Aufrechnung nicht rechtswirksam vollzogen sein würde. Diese Schwierigkeit wäre durch die Möglichkeit, die Bestellung eines Abwesenheits- oder Nachlaßpflegers herbeizuführen, nicht wesentlich vermindert. Der

Kläger erscheint deshalb, da ihm § 2039 BGB. ein selbständiges Klagerecht gibt, zur Entgegennahme der Aufrechnungserklärung verpflichtet und auch berechtigt.

Diese Auslegung ist vorzugsweise aus praktischen Erwägungen geboten und mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar. Daß die Aufrechnung nicht zulässig sei, ist denn auch von keiner namhaften Stelle der Rechtswissenschaft ausgesprochen. Dagegen vertritt der Kommentar von RGRäten (§ 2040) die hier erörterte Rechtsauffassung ausdrücklich. Der Senat trägt keine Bedenken, sich ihr anzuschließen. Denn nur sie genügt den Anforderungen, welche der bürgerliche Verkehr an das Gesetz stellt. Nach Möglichkeit diesen Anforderungen aber das Gesetz in der Auslegung anzupassen, ist die Hauptaufgabe der Praxis. — — —"

Urteil des OLG. zu Celle (1. Sen.) v. 18. April 1916. A. w. H. 1 U. 13/16.
L—t.

---

213. Form der Anfechtung eines gemeinschaftlichen wechselseitigen Testaments durch den Überlebenden nach Annahme der Erbschaft.

(Vgl. 45 Nr. 258 m. N.; 50 Nr. 96; 63 Nr. 119; auch unten Nr. 217.)
BGB. §§ 2271. 2081. 2282 Abs. 3.

Der Kläger hatte mit seiner ersten Ehefrau am 24. Sept. 1891 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, worin sie sich wechselseitig und außerdem ihre gemeinschaftlichen Kinder, die Beklagten, zu Erben eingesetzt hatten. Die Frau starb am 27. Nov. 1911. Das gemeinschaftliche Testament wurde am 26. Febr. 1912 verkündet. Der Kläger hat sich am 23. Jan. 1913 anderweit verheiratet und am 2. Sept. 1913 bei dem Amtsgericht als dem Nachlaßgericht eine notariell beglaubigte Urkunde eingereicht, in der er erklärt, daß er das gemeinschaftliche Testament anfechte, weil seine jetzige Ehefrau an seinem Nachlasse pflichtteilsberechtigt sei, was ihm bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nicht habe bekannt sein können und nicht bekannt gewesen sei. Die Beklagten hielten die Anfechtungserklärung für unwirksam, weil sie, entgegen der nach ihrer Ansicht anzuwendenden Vorschrift des § 2282 Abs. 3 BGB., nicht gerichtlich oder notariell beurkundet sei. Der Kläger hielt dagegen die Vorschrift des § 2081 Abs. 1 für maßgebend und deshalb die Anfechtung für rechtswirksam. Er beantragte, dies festzustellen. — Das Landgericht trat der Rechtsansicht der Beklagten bei und wies die Klage ab; das Ber.-Gericht dagegen billigte den Standpunkt des Klägers und erkannte nach seinem Antrage. Das Reichsgericht stellte die erste Entscheidung wieder her. Aus den Gründen:

„Streitig ist unter den Parteien die Frage, in welcher Form der letztlebende Ehegatte, der die Erbschaft aus dem von ihm und dem verstorbenen Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testament angenommen hat, dieses

Testament anfechten kann, wenn ihm nach der Errichtung des Testaments ein Pflichtteilsberechtigter erwachsen ist. Da die Ehefrau des Klägers nach dem 1. Jan. 1900 gestorben ist, haben die Vorinstanzen die Frage mit Recht unter Zugrundelegung der Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs geprüft.

Besondere Vorschriften für die Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch einen der Erblasser sind im Bürgerl. Gesetzbuch nicht gegeben. Es fragt sich daher zunächst, ob darauf die allgemeinen Vorschriften der §§ 2078 ff., insbesondere also auch die Formvorschrift des § 2081 Abs. 1 Anwendung finden. Diese Frage ist zu verneinen. Weder der § 2078 noch auch der § 2079 beziehen sich auf eine Anfechtung durch den Erblasser selbst. Im § 2080 ist vielmehr der Kreis der Personen, denen nach den §§ 2078. 2079 das Anfechtungsrecht zustehen soll, erschöpfend dahin geregelt, daß derjenige zur Anfechtung berechtigt ist, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde. Dem Wortlaut nach ließe sich vielleicht diese Vorschrift auf den Erblasser beziehen. Die Entstehungsgeschichte ergibt aber mit Sicherheit, daß dies nicht die Absicht des Gesetzes ist. Der 1. Entw. bezeichnete im § 1784 denjenigen als anfechtungsberechtigt, welcher, wenn die letztwillige Verfügung nicht errichtet worden wäre, als Erbe oder Vermächtnisnehmer berufen oder von einer Beschwerung befreit sein oder ein Recht erlangt haben würde. In dieser Fassung hätte die Vorschrift auf den Erblasser nicht bezogen werden können. Die Verhandlungen der Kommission für die 2. Lesung, wo der § 2080 seine jetzige Fassung erhalten hat, ergeben aber, daß eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt war (Mugdan 5, 545/7). Die Richtigkeit dieser Auffassung findet ihre Bestätigung im Gesetze selbst. Denn die Abs. 2 und 3 des § 2080 enthalten Einschränkungen des im § 2080 Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes (Motive 5, 56), beide aber passen ihrem Wortlaut nach nicht auf den Erblasser. Dasselbe gilt auch vom § 2079 selbst, denn Voraussetzung der Anfechtung ist darnach, daß der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls (§ 1922) vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat. Deshalb mußte auch im § 2281 Abs. 1, der bei Erbverträgen dem Erblasser das Anfechtungsrecht gibt, an die Stelle dieses Zeitpunktes derjenige der Anfechtung gesetzt werden. Endlich paßt auch § 2081 nicht, weil vor dem Tode des Erblassers ein Nachlaßgericht hinsichtlich seines Nachlasses noch nicht vorhanden sein kann (vgl. § 73 FGG.).

Bestände schließlich nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs über letztwillige Verfügungen ein Anfechtungsrecht des Erblassers, so hätte es der besonderen Vorschrift des § 2281 nicht bedurft, da nach § 2279 auf vertragmäßige Zuwendungen die für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden.

Der Ausschluß des Anfechtungsrechts des Erblassers entspricht auch der Natur der Sache. Der Entwurf kannte das gemeinschaftliche Testament nicht, die Vorschriften darüber sind erst von der Kommission für die 2. Lesung

beschlossen. Bei dem einseitigen Testament, das der Erblasser nach § 2253 jederzeit frei widerrufen kann, bedurfte es aber eines Anfechtungsrechts nicht. Damit ist denn auch in den Motiven (5, 48 zu §§ 1780 Entw.) die Nichtaufnahme des Anfechtungsrechts des Testators gerechtfertigt; und in den Motiven zu § 1948 Entw. (§ 2281 BGB.) heißt es ausdrücklich: „In Abweichung von den Vorschriften der §§ 1780 ff. (§§ 2078 ff. Ges.) muß bei dem Erbeinsetzungsvertrage dem die Verfügung Errichtenden das Anfechtungsrecht eingeräumt werden; dasselbe wird hier nicht durch das stärkere Recht des freien Widerrufs entbehrlich'.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß dem Erblasser das Anfechtungsrecht nicht schon nach § 119 BGB. zustehen kann. Die Motive erkennen dies auch ausdrücklich an, indem sie sagen, diejenige Person, welche unter dem Einflusse einer gewissen Art von Willensunfreiheit verfügt habe, sei in dem Zeitpunkte, in welchem die Wirkungen der Verfügung einträten, nicht mehr vorhanden und könne deshalb auch nicht anfechtungsberechtigt sein (Motive 5, 55 zu § 1784 Entw.). Aus demselben Grunde würde es auch an einem Anfechtungsgegner fehlen, da bei Lebzeiten des Erblassers auf Grund seiner letztwilligen Verfügung noch niemand unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat (§ 143 Abs. 4 Satz 1 BGB.). Endlich handelt es sich in den Fällen des § 2078 Abs. 2 und des § 2079 um einen Irrtum im Beweggrunde, der im § 119 als Anfechtungsgrund nicht anerkannt ist.

Steht hiernach dem Erblasser selbst bei Testamenten ein Anfechtungsrecht nach dem Bürgerl. Gesetzbuch nicht zu, so kann ein solches bei gemeinschaftlichen Testamenten nur auf dem Wege der entsprechenden Anwendung der §§ 2281 ff. zugelassen werden. Diese entsprechende Anwendung ist aber auch ebenso wie bei andern Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs über den Erbvertrag wegen der Gleichheit der Rechtslage geboten, die zwischen dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten besteht, der das ihm (korrespektiv) Zugewendete angenommen hat (Entsch. 58, 64. 77. 111). Auch das Urteil v. 16. Okt. 1911 (Entsch. 77, 165 ff.) steht auf demselben Standpunkte, wenn dort auch in erster Linie die vorstehend abgelehnte Auffassung vertreten wird, daß der überlebende Ehegatte das gemeinschaftliche Testament ‚wenn nicht aus § 2079, so doch aus § 2078 Abs. 2' anfechten könne (S. 171). Will man aber die vom Bürgerl. Gesetzbuch für die Anfechtung des Erbvertrages gegebenen Vorschriften auf das gemeinschaftliche Testament übertragen, so gebietet es die Folgerichtigkeit, auch die Vorschriften des § 2282 über die Form, in der der Erblasser anfechten muß, zur Richtschnur zu nehmen. Nicht nur die materiellen Voraussetzungen der Anfechtung durch den Erblasser sind in den §§ 2281 ff., wenn auch unter teilweiser Bezugnahme auf die §§ 2078. 2079 geregelt, sondern auch das Verfahren ist selbständig und zum Teil abweichend von den §§ 2080 ff. geordnet. Wie die Motive 5, 322 zu § 1948 und die Beratungen der 2. Kommission

(Mugdan 5, 739 ff., 749) ergeben, ist dabei überall auf den Umstand, daß gerade der Erblasser selbst es ist, dessen Anfechtungsrecht in Frage steht, Rücksicht genommen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 24. Juni 1915. Fr. (Bkl.) w. Fr. IV. 27/15 (KG. Berlin). Auch in RGEntsch. 87 Nr. 20 S. 95.

---

214. Schwierigkeiten der Beförderung durch besondere Verkehrsverhältnisse begründen keine Betriebsstörung nach § 75 Abs. 7 EBVerkO.

HGB. § 466; EBVerkO. § 75.

Die Klägerin versandte im März 1911 eine große Menge von Kartoffeln, die zur Ausfuhr bestimmt waren, nach der Grenzstation Herbesthal. Da um jene Zeit in Herbesthal überhaupt ein außerordentlich starker Andrang von Kartoffelsendungen stattfand, hielt die Eisenbahnverwaltung, um der Überfüllung der Station abzuhelfen, einen Teil der anrollenden Sendungen vorübergehend auf Zwischenstationen zurück. Die Maßregel hatte zur Folge, daß bei etwa 60 davon betroffenen Wagenladungen der Klägerin die tarifmäßige Lieferfrist überschritten wurde. Mit Klage machte die Klägerin die ihr nach § 94 Abs. 2 EBVerkO. wegen der Versäumung der Lieferfrist zustehenden Ansprüche geltend. Ihr Antrag ging auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 4532,35 ℳ nebst Zinsen, womit sie in allen Instanzen durchdrang. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die unter § 75 Abs. 7 VerkO. fallende Betriebsstörung soll nach der Ansicht des Beklagten darin zu finden sein, daß zu der fraglichen Zeit eine ungeheure Menge von Kartoffeln über Herbesthal ausgeführt worden sei und daß dieser Massenandrang von Sendungen in Verbindung mit der Säumigkeit der Empfänger in der Abnahme und Weitersendung der nach Herbesthal gelangten Wagen die ordnungmäßige Beförderung unmöglich gemacht habe. Das Ber.-Gericht ist in erster Reihe der Meinung, daß eine Verkehrsstockung infolge großen Güterandrangs, wie sie hier nach der Behauptung des Beklagten vorlag, überhaupt nicht unter den Begriff der Betriebsstörung i. S. der Verkehrsordnung falle und daß schon deshalb die Berufung auf § 75 Abs. 7 versage. Dieser Auffassung war beizutreten. Mag auch der Ausdruck ‚Betriebsstörung' sprachlich dahin verstanden werden können, daß er eine Störung der bezeichneten Art mitumfaßt, so ist doch mit dem Ber.-Gericht eine solche Ausdehnung des Begriffs auf Beförderungsschwierigkeiten, die ihre Ursache in besonderen Verkehrsverhältnissen haben, abzulehnen und anzunehmen, daß nur solche Störungen getroffen sind, bei denen eine Behinderung im technischen Gebrauch der vorhandenen Betriebsmittel und damit eine die Möglichkeit des Betriebs unmittelbar beeinträchtigende äußere Einwirkung vorliegt. Zutreffend weist das Ber.-Gericht darauf

hin, daß die Verkehrsordnung gegen Störungen durch besondere Verkehrsverhältnisse und gegen die Nachteile, die der Bahn daraus erwachsen können, in andrer Weise Vorsorge getroffen hat. Namentlich kommt hier in Betracht, daß derselbe § 75, der das Ruhen der Lieferfrist für die Dauer der unverschuldeten Betriebsstörung anordnet, in Abs. 3 der Eisenbahn das Recht gibt, für außergewöhnliche Verkehrsverhältnisse Zuschlagsfristen zu den tarifmäßigen Lieferfristen festzusetzen. Sodann kann sie, wenn die ordnungmäßige Abwicklung des Verkehrs durch Güteranhäufungen gefährdet wird, nach § 80 Abs. 8 die Entladefristen und die lagerzinsfreie Zeit abkürzen, sowie das Standgeld und das Lagergeld erhöhen. Ferner sind im § 63 Abs. 1 Bestimmungen getroffen, die es ermöglichen, die Annahme von Gütern, die nicht ordnungmäßig befördert werden können, abzulehnen. Auch sind in § 81 der Eisenbahn Mittel an die Hand gegeben, durch die sie sich nicht rechtzeitig abgenommener Güter entledigen, also auch einer den Verkehr behindernden Anstauung entgegenarbeiten kann. Diese Vorschriften ergeben, daß es auch in Ansehung der Einhaltung der Lieferfrist Sache der Bahn ist, durch geeignete Maßnahmen den Verkehrsverhältnissen Rechnung zu tragen und daß die Verkehrsordnung, wenn sie von Störungen des Betriebs spricht, die den Lauf der Lieferfrist hemmen, bloß in den Verkehrsverhältnissen begründete Schwierigkeiten nicht im Auge hat. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 22. Okt. 1905 (OLG. Köln). II. 288/15. Vgl. RGEntsch. 87 Nr. 55 S. 244.

II. Verfahren.

215. Begriff des Rechtsnachfolgers einer Partei mit dem Recht zur Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens.

Vgl. 50 Nr. 284 m. N.; 51 Nr. 221.
ZPO. § 239.

Der Freiherr Hugo von N. klagte auf Grund von Familienverträgen gegen die Tochter und Erbin des ohne Hinterlassung von Söhnen verstorbenen Freiherrn Karl von N. auf Herausgabe gewisser Grundstücke an die Familie von N. Er behauptete, daß sämtliche in Betracht kommende Mitglieder der Familie sich zur gerichtlichen Geltendmachung dieses Anspruchs entschlossen und ihm ihre Ansprüche zur gerichtlichen Geltendmachung abgetreten hätten. Das Landgericht wies die Klage ab. Als der Kläger im Lauf der Ber.-Instanz gestorben war, ordnete das Ber.-Gericht auf Antrag der Beklagten die Aussetzung des Verfahrens gemäß § 246 ZPO. an. Der Prozeßbevollmächtigte der Klagseite lud darauf die Beklagte zur Verhandlung vor das Ber.-Gericht mit der Erklärung, daß jetzt der Freiherr Eugen

von N. auf Grund der für den Fall des Wegfalls des Freiherrn Hugo vorsorglich an ihn erklärten Abtretung der Ansprüche der Familienmitglieder zur prozessualen Geltendmachung als Kläger den Prozeß fortführe und, falls dies etwa rechtlich notwendig erscheine, für sich und als Bevollmächtigter seiner Brüder und Miterben nach dem unverheirateten Bruder den Prozeß aufnehme. — Das Ver.-Gericht wies den nunmehrigen Kläger mit dessen Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits ab. Das Reichsgericht hob auf und erklärte den Eintritt des Freiherrn Eugen von N. in den Rechtsstreit für berechtigt. Aus den Gründen:

„Zunächst war zu erwägen, daß sachlich in Wahrheit die sämtlichen männlichen Mitglieder der Familie von N. die Kläger sind, wenn auch Freiherr Hugo allein in der prozessualen Rolle des Klägers aufgetreten ist. Nach dem Tode des Freiherrn Hugo lag ein Verhältnis vor, das dem Falle des Todes des Prozeßbevollmächtigten einer Partei nahestand. Allerdings unterschied er sich von diesem Falle dadurch, daß der Prozeßbevollmächtigte den Rechtsstreit in fremdem Namen führt, während hier Freiherr Hugo den Rechtsstreit im eigenen Namen führte. Die Ähnlichkeit in beiden Fällen ergab sich aber daraus, daß dem Freiherrn Hugo ebenso wie einem Prozeßbevollmächtigten nicht der materielle, jetzt im Rechtsstreit begriffene Anspruch, sondern nur das Recht zur prozessualen Geltendmachung dieses Anspruchs übertragen worden war. Da dieses Recht zur prozessualen Geltendmachung des materiellen Anspruchs nach der Behauptung der Klagseite für den Fall, daß Freiherr Hugo die ihm abgetretenen Klagerechte aus irgendwelchem Grunde nicht zur Entscheidung bringen sollte, an den jetzigen Kläger Freiherrn Eugen abgetreten worden ist, so kann es zweifelhaft erscheinen, ob nicht auf Grund obiger Erwägung der Fall einer Rechtsnachfolge überhaupt nicht gegeben und der Eintritt des jetzigen Klägers Freiherrn Eugen ohne weiteres gerechtfertigt ist. Doch bedarf es keiner näheren Erörterung nach dieser Richtung, da der Eintritt des jetzigen Klägers in den Rechtsstreit auf Grund andrer Erwägungen unbedenklich ist.

Der Begriff des Rechtsnachfolgers i. S. des § 239 ZPO. ist mit Rücksicht darauf, daß die unnütze, mit Kosten und Zeitverlust verbundene Vervielfältigung und Häufung von Rechtsstreitigkeiten unter allen Umständen vermieden werden muß, im weitesten Sinne zu nehmen. Der Begriff des Rechtsnachfolgers i. S. des § 239 ZPO. ist nicht derselbe wie der des materiellen Rechts, umfaßt vielmehr jede Person, die infolge des Todes der bisherigen Partei in deren Rechtsstellung eintritt. Es kommt nicht darauf an, daß dieser Eintritt in die Rechtsstellung der bisherigen Partei auf Grund eines Rechts erfolgt, das die bisherige Partei hatte oder das aus dem Rechte der bisherigen Partei abgeleitet wird, sondern lediglich darauf, daß der Eintretende infolge des Todes der bisherigen Partei deren Rechtsstellung erlangt hat. In gleichem Sinne ist auch der Begriff der Rechtsnachfolge in den

§§ 265. 266 ZPO. vom Reichsgericht aufgefaßt worden. Unter dem Ausdrucke ‚Rechtsnachfolger‘ i. S. dieser Vorschriften ist nicht nur derjenige zu verstehen, der sein Recht von dem der bisherigen Prozeßpartei ableitet, sondern derjenige, der jetzt das Recht der bisherigen Prozeßpartei innehat, gleichgültig wie er es erlangt hat, insbesondere ob er es auf dem Wege der Ableitung aus dem Rechte des Vorgängers oder in originärer Weise erworben hat (RGEntsch. 40, 339, in SeuffA. 53 Nr. 191). In diesem Sinne ist der jetzige Kläger Freiherr Eugen der Rechtsnachfolger des Freiherrn Hugo. Er ist in die Rechtsstellung des ursprünglichen Klägers zum Teil auf Grund seiner Beteiligung an dem durch die Familienverträge begründeten fideikommißähnlichen Recht, also zum Teil auf Grund eigenen materiellen Rechts, zum Teil auf Grund der nach seiner Behauptung an ihn erfolgten Übertragung des Rechts zur prozessualen Geltendmachung des Anspruchs der übrigen männlichen Mitglieder der Familie von N. auf Überlassung der Grundstücke eingetreten.

Dieses Ergebnis entspricht auch sachlich durchaus den Verhältnissen. Es wäre unerträglich, wenn der Rechtsstreit, der so weit gediehen ist, nicht zwischen dem jetzigen Kläger und der Beklagten weitergeführt werden könnte, sondern ein neuer Rechtsstreit zwischen denselben Personen begonnen werden müßte, obwohl die Fortführung des bisherigen Rechtsstreits gegenüber dem jetzigen Kläger für die Beklagte weder eine Erschwerung ihrer Rechtslage, noch einen sonstigen Nachteil mit sich bringt."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. Jan. 1916. von N. (Kl.) w. von R. (OLG. Darmstadt). III. 300/15.

---

216. Änderung in der Bezeichnung des Beklagten.

Vgl. 58 Nr. 21 m. N.; 66 Nr. 172; auch 64 Nr. 52 m. N.
ZPO. § 253 Nr. 1.

Die Berufung des Beklagten richtet sich gegen das die Unzuständigkeitseinrede zurückweisende Zwischenurteil v. 28. Dez. 1915 und gegen den das Passivrubrum in „A. Fl." umändernden, dem Urteil voraufgegangenen Beschluß v. 7. Dez. 1915.

Der Kläger hat seine Klage zunächst gerichtet gegen „die Verpflegungsstelle des Kriegsgefangenenlagers Halbe m. b. H." und hat sie dem jetzigen Beklagten A. Fl. als deren Geschäftsführer zugestellt. Als sich demnächst herausstellte, daß die bezeichnete Gesellschaft nicht eingetragen war und daher als solche gemäß § 11 GmbHG. überhaupt nicht bestand, hat Kläger die Klage gegen den jetzigen Beklagten gerichtet.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung (Stein[10] Anm. 9 zu § 268) erkannt, daß die Einführung einer neuen Prozeßpartei an Stelle einer bisherigen anderen regelmäßig als Änderung der Klage anzusehen ist.

Das Landgericht hat seinen Beschluß, daß das Passivrubrum entsprechend zu ändern sei, d. h. daß A. Fl. an Stelle der bisher als verklagte Partei bezeichneten Gesellschaft zu treten habe, damit begründet, daß tatsächlich Fl. von Anfang an der wirkliche Beklagte gewesen sei. Es hat damit entschieden, daß vorliegendenfalls eine Änderung der Klage nicht anzunehmen sei. Diese Entscheidung ist gemäß §§ 270. 512 ZPO. unanfechtbar, übrigens auch materiell gerechtfertigt. Dem Fl. ist die Klage zugestellt worden, er hat das Schreiben v. 22. April 1915, durch welches der Vertragsantrag des Klägers angenommen wurde, unterzeichnet, er hat den Betrag des zunächst gegen die Gesellschaft erlassenen Versäumnisurteils v. 29. Juni 1915 bezahlt und fordert die Rückzahlung, er hat endlich unterm 28. Juni 1915 ein Schreiben an das Gericht gerichtet, in welchem er mitteilt, daß er bisher die Geschäfte dieser — garnicht als solcher bestehenden — Gesellschaft geführt habe und daß der Rechtsstreit daher gegen ihn persönlich zu führen sei (vgl. § 11 Abs. 2 Ges.). Dem Landgerichte kann daher nur darin beigepflichtet werden, daß der jetzige Beklagte tatsächlich von Anfang an der in Wahrheit Verpflichtete und als der wirkliche Prozeßgegner des Klägers anzusehen war. Er hat dadurch, daß er auch formell durch den fraglichen Gerichtsbeschluß als die verklagte Partei in den Rechtsstreit eingestellt worden ist, keine Nachteile erlitten;

vgl. die vom Reichsgericht in dem in SeuffA. 66 Nr. 172 S. 336 abgedruckten Erkenntnisse ausgesprochenen, freilich einen in tatsächlicher Hinsicht anders liegenden Fall betreffenden Grundsätze.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 15. April 1916. H. (Kl.) w. A. Fl. Bf. III. 75/16. B.

---

217. Klage des überlebenden Ehegatten gegen den im gemeinschaftlichen Testament Bedachten auf Feststellung, daß er das Testament mit Recht angefochten habe.

Vgl. oben Nr. 213 m. N.
ZPO. § 256; BGB. §§ 2271. 2281.

Am 23. August 1887 hatten der Kläger und seine damalige Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament errichtet, worin sie sich wechselseitig und außerdem die Beklagte, ihre Adoptivtochter, in gewisser Weise bedacht hatten. Am 26. Juni 1910 starb die Ehefrau; im August 1911 ging der Kläger eine neue Ehe ein. Mit Hinweis darauf focht er das Testament bei dem Amtsgericht L., als dem Nachlaßgericht, an. Dann klagte er gegen die Adoptivtochter auf Feststellung, daß das Testament von ihm rechtsgültig angefochten worden sei. Die Beklagte bestritt, daß die Voraussetzungen einer Feststellungsklage vorlägen, womit sie in 1. Instanz Gehör fand. Das Ber.-Gericht traf die erbetene Feststellung. — Aus den Gründen:

„Ein Rechtsverhältnis i. S. von § 256 ZPO. erfordert nicht unmittelbare rechtliche Beziehungen der Parteien zueinander; es genügt vielmehr, daß darüber gestritten wird, ob ein Tatbestand vorliege, dem rechtliche Wirkungen zwischen den Parteien zukommen (RGEntsch. 41, 345 ff.; OLGRspr. 27, 68). Wie unten auszuführen sein wird, gleicht die durch das hier vorliegende gemeinschaftliche Testament begründete Rechtslage in den hier erheblichen Beziehungen derjenigen Lage, die im Fall eines Erbvertrags gegeben sein würde. Wenn aber im Wege des Erbvertrags zwei Personen sich gegenseitig zu Erben eingesetzt, weiter aber zum Erben ihres gemeinschaftlichen Nachlasses einen Dritten berufen haben, so ist, mindestens nach dem Tode des einen Vertragschließenden und nach der Annahme seiner Erbschaft durch den Überlebenden, zwischen diesem und dem Dritten ein Tatbestand jener Art gegeben; mindestens von dieser Zeit an hat der Dritte eine erbrechtliche Anwartschaft auf ein Erbrecht am dereinstigen Nachlaß des Überlebenden, die rechtlich nur unter engbegrenzten Voraussetzungen vereitelt werden kann (§§ 2281 ff., 2290 Abs. 1 Satz 2, 2293 ff. BGB.). In § 2352 wird die Verzichtbarkeit dieser gegenüber dem Überlebenden begründeten selbständigen Rechtsstellung ausdrücklich anerkannt.

Vgl. Schiffner Erbvertrag 73 ff.; Planck[3] in Bem. 3 vor § 2274 BGB., 5. S. 714.

Wenn ein Erbvertrag zwischen Ehegatten entgegen der Vermutung des § 2280 verb. mit § 2269 BGB. dahin zu verstehen wäre, daß der Überlebende nur Vorerbe und der Dritte Nacherbe des Erstverstorbenen sein sollte, so würde nach dem Antritt der Vorerbschaft durch den überlebenden Ehegatten insoweit zwischen ihm und dem Dritten nach den §§ 2100 ff. BGB. ganz offensichtlich ebenfalls ein Rechtsverhältnis i. S. von § 256 ZPO. gegeben sein. Wäre die maßgebende Verfügung ein Erbvertrag, so wäre also ein ‚Rechtsverhältnis' der Beklagten zum Kläger streitig, wenn es sich weiter nach dem Klagantrage um die Verneinung ihrer Erbenstellung oder (oder auch) um die ihrer Nacherbenstellung zu ihm handelte. — Das ist aber der Sinn des Klagantrags. Dieser erscheint ohnehin nicht weniger zulässig als das Verlangen nach Feststellung der Unwirksamkeit einer Erbausschlagung im Falle der JW. 1906, 569[40]. Auf alle Fälle ergibt der Wortlaut des Antrags in Verbindung mit der Klagebegründung, daß mit der Wirksamkeit der Anfechtung die Vernichtung der Rechtsstellung festgelegt werden soll, die die Beklagte als eingesetzte Erbin oder Nacherbin ohne die Anfechtung des Klägers haben würde. Außer den beiden vertragschließenden Ehegatten ist in der maßgebenden Verfügung überhaupt niemand anders als die Beklagte (und unter Umständen die Nachkommen der Beklagten) bedacht worden, so daß nicht nur die Richtung der Klage gegen die Beklagte, sondern auch die Sachlage den Sinn des Antrags außer Zweifel stellt.

Weiter hält das Ber.-Gericht ein rechtliches Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses für deutlich gegeben. Wäre

die Anfechtung unwirksam, so kämen alsbald bedeutsame rechtliche und wirtschaftliche Maßnahmen des Klägers zur wirtschaftlichen Sicherung seiner zweiten Ehefrau auf den Fall seines Todes in Frage, von denen er andernfalls absehen könnte. Hätte die Beklagte die Berechtigung der Anfechtung anerkannt, so würde es der richterlichen Feststellung nicht bedürfen; sie hat aber eine solche Anerkennung abgelehnt und in diesem Rechtsstreit ausdrücklich, wie schon vorher durch ihr ganzes Verhalten, vielmehr die Unwirksamkeit der Anfechtung und damit den Fortbestand ihrer Anwartschaft vertreten. Ob der eine oder andre Teil die Zweifelhaftigkeit der Rechtslage ‚verschuldete‘, ist demgegenüber unerheblich. Von einer Verschuldung in dieser Hinsicht kann hier aber auch überhaupt nicht die Rede sein. Das Feststellungsinteresse ist also — wenigstens unter der Voraussetzung der mehrerwähnten Rechtsähnlichkeit — vom Landgericht zu Unrecht verneint worden. Die beantragte Feststellung ist aber auch sachlich geboten.

Die Rechtslage des Dritten, welchen Ehegatten zum Erben des Überlebenden von ihnen einsetzen, ist von vornherein, mindestens aber nach der Annahme der Erbschaft des Erstverstorbenen durch den überlebenden Ehegatten, tatsächlich im wesentlichen gleich, mag die Einsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament oder in einem Erbvertrage stehen. Schon eine oberflächliche Vergleichung der §§ 2269—2271 mit den §§ 2290 ff., 2298 BGB. legt dies nahe, so daß sich auch die Anwendung des § 2281 und des § 2285 BGB. auf den Fall des gemeinsamen Testaments aufdrängt. Des näheren hat das Ber.-Gericht in diesem Sinne schon zur Sache 2 O. 275/09 Stellung genommen, und zwar unter Billigung des Reichsgerichts (IV. 594/10). So genügt es hier auf die entsprechenden Aus- und Anführungen zu verweisen, die sich bei Planck[3] unter III. IVa und VIII vor § 2272 BGB. finden (5, 702). Damit ist einmal die oben verwertete allgemeine Voraussetzung als zutreffend erwiesen. Weiter aber war im einzelnen darnach die Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments durch den Kläger selber ebenso wie nach § 2281 zulässig.

Gegen die überhaupt nicht besonders bestrittene Formrichtigkeit und Rechtzeitigkeit der Anfechtung bestehen keine Bedenken. Sachlich aber wird sie durch die unstreitig noch bestehende zweite Ehe des Klägers nach § 2079 BGB. ohne weiteres gerechtfertigt. Enthielte die maßgebende Verfügung lediglich eine Erbeinsetzung — nicht auch eine Nacherbeinsetzung — der Beklagten, so wäre die Verfügung, soweit sie die Beklagte angeht, also unmittelbar im vollen Umfange hinfällig; und unerachtet der sich aus dem Wortlaut der Verfügung ergebenden Zweifel ist auch lediglich eine Erbeinsetzung hier ebenso anzunehmen, wie in dem Falle eines Beschlusses des Kammergerichts v. 1. Nov. 1909 (SeuffBl. 75, 257). Wäre die Beklagte als Nacherbin der erstverstorbenen Ehefrau des Klägers anzusehen, so würde die erklärte Anfechtung übrigens nach BGB. § 2270 Abs. 1 verb. mit Abs. 2 mittelbar auch die Unwirksamkeit dieser Nacherbeinsetzung begründen.

Jedenfalls war somit in Beachtung des Rechtsmittels die Wirksamkeit der Anfechtung des Klägers anzuerkennen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 25. Sept. 1914. M. w. B. 2. O. 56/14. F—ch.

---

218. Bedeutung der Fristbestimmung bei behinderter Beweisaufnahme.

ZPO. § 356.

Das Landgericht hat durch den angefochtenen Beschluß dem Beklagten bei Vermeidung der Folgen des § 356 ZPO. zur Beibringung der Adresse seines Zeugen Fr. eine Frist gesetzt, die zwei Monate nach dem Zeitpunkt ablaufen soll, in welchem durch Kaiserl. Verordnung der Kriegszustand für beendet erklärt werden wird. Fr. befindet sich in französischer Kriegsgefangenschaft. Der angefochtene Beschluß ist inhaltlich gleichbedeutend mit einer Aussetzung des Verfahrens über die Dauer des gegenwärtigen Kriegszustandes hinaus und ist daher gemäß § 252 ZPO. mit der Beschwerde anfechtbar (vgl. Stein[10] Bem. I zu § 252). Die Beschwerde ist mithin zulässig. Sie ist auch begründet.

Zunächst ist den Akten nicht zu entnehmen, daß die Klägerin überhaupt den zur Anwendung des § 356 ZPO. erforderlichen Antrag auf Fristsetzung gestellt habe. Ohne solchen Antrag durfte das Gericht aber keinesfalls wie geschehen vorgehen, sondern mußte kraft des Parteibetriebes weitere Mitteilungen und Anträge der Parteien abwarten und bis dahin das Verfahren ruhen lassen.

Sodann aber kann es nicht der Sinn der Vorschrift des § 356 ZPO. sein, bei Hindernissen von völlig unabsehbarer Dauer, die der Beweisaufnahme entgegenstehen, wie z. B. langwieriger unheilbarer Krankheit eines Zeugen oder dergl., eine Frist von gleichfalls unbestimmter Dauer festzusetzen und damit einen Zustand herbeizuführen, der tatsächlich einer Aussetzung des Verfahrens auf unbestimmte Zeit gleichkommen würde. Im vorliegenden Fall würde sich das auch schon aus dem Grunde ohne weiteres verbieten, weil der Beweisbeschluß des Landgerichts, zu dem der Zeuge Fr. zugelassen worden ist, die Frage des Vorliegens der tatsächlichen Voraussetzungen des § 2 VO. v. 7. August 1914 (RGBl. 1914, 360) betrifft, diese Verordnung aber, von deren Anwendbarkeit gerade die Möglichkeit der Durchführung des im übrigen unstreitigen Klaganspruchs abhängt, nur für einen bestimmten, jeweils verlängerten Zeitraum erlassen worden ist und zur Zeit, nach der Verordn. v. 13. April 1916, nur bis zum 31. Juli 1916 gilt. Vielmehr wird in allen Fällen eine Frist von bestimmter Dauer festzusetzen sein, deren Länge nach dem Gesichtspunkte zu bemessen ist, daß die Frist nicht dazu dienen soll, den Fortgang des Rechtsstreits auf unbestimmte Zeit zu verzögern, sondern gerade umgekehrt ihn zu fördern. Bei der Ungewißheit aller irdischen Ereignisse soll

nach dem Sinne der in Rede stehenden Gesetzesvorschrift, wenn der Gegner des Beweisführers es beantragt, durch angemessene Fristsetzung endgültig klargestellt werden, ob der als von ungewisser Dauer angenommene, der Beweisaufnahme entgegenstehende Zustand mutmaßlich in der Tat noch auf längere Zeit hinaus bestehen bleiben wird, so daß solchenfalls alsdann der Rechtsstreit, damit er nicht ins Endlose verzögert werde, zunächst einmal in dem betreffenden Rechtszuge ohne Rücksicht auf das Beweismittel fortzusetze- ist, oder ob etwa durch unvermutete Beseitigung des Hindernisses jener Zun stand ein Ende gefunden hat, so daß der Rechtsstreit ohne weiteres seinen Fortgang nehmen kann.

Selbstverständlich bleibt es, wenn es sich um das Verfahren im 1. Rechtszuge handelt, dem Beweisführer unbenommen, sich des ihm durch die Fristsetzung entzogenen Beweismittels im 2. Rechtszuge erneut zu bedienen.

Der angefochtene Beschluß war daher aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung nach Maßgabe der vorstehend entwickelten Grundsätze an das Landgericht zurückzuverweisen. — — —

Beschluß des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 26. Mai 1916. S. (Kl.) w. Kr. Bs. V. 31/16. B.

219. Zum Begriff des rechtlichen Interesses in § 393 Nr. 4 ZPO. (Unterhändler.)

Vgl. 49 Nr. 129 m. N.; 63 Nr. 124; 69 Nr. 155.
ZPO. § 393 Nr. 4; BGB. § 675.

Der Kläger behauptete, dem Beklagten im April 1915 durch den Metzger S. zwei Ochsen abgekauft zu haben und verlangte Erfüllung dieses Vertrags durch Übergabe der Ochsen gegen Zahlung des Kaufpreises. Der Beklagte beantragte Abweisung, weil ein Kauf nicht zustande gekommen sei; er habe nur gesagt, wenn er die Ochsen einmal hergebe, bekomme sie S.; daß dieser für den Kläger handle, habe er nicht gewußt. — Das Landgericht hat neben andern Zeugen auch den S., und zwar eidlich vernommen und die Klage schließlich mangels genügenden Beweises abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Zur Frage der Vereidigung des Zeugen S. führt das Oberlandesgericht folgendes aus:

„Die Aussage des Zeugen kann lediglich als unbeeidigt gewürdigt werden, weil auf ihn § 393 Nr. 4 ZPO. zutrifft und zu einer nachträglichen Vereidigung kein Anlaß bestünde (Reichsgericht im ‚Recht' 1911 Nr. 1351). Der Zeuge hat aus dem streitigen Geschäft vom Kläger 10 ℳ Unterhändlerlohn zu beanspruchen, und er haftet als Beauftragter dem Kläger auch für die Kosten und Schäden, die ihm durch schuldhafte unrichtige Auskunft über den Verlauf und das Ergebnis des aufgetragenen Geschäfts entstehen (§§ 675. 666 BGB.). Für den Unterhändlerlohn ist die Entscheidung über Bestand oder Nichtbestand

des Geschäfts im Rechtsstreit der Geschäftsparteien untereinander ohne weiteres maßgebend; aber auch für einen etwaigen Rückgriffprozeß des Klägers gegen S. würden die Beweisergebnisse und das Urteil im gegenwärtigen Rechtsstreit von großem tatsächlichen Einfluß sein. S. hätte also zweifellos das Recht gehabt, als Streitgehülfe des Klägers aufzutreten; vgl. die Kommentare zu § 66 ZPO.; RGEntsch. 83, 182 (in SeuffA. 69 Nr. 155); SeuffA. 70 Nr. 91). Solchenfalls aber fällt er, obschon Bevollmächtigter (§ 385 Nr. 4 ZPO.), unter § 393 Nr. 4 ZPO. Die neue Fassung dieser Vorschrift ist so weit, daß dadurch die meisten früheren Streitfragen im Sinne des Eidesausschlusses erledigt werden. Nur die allgemeine Eigenschaft als Gläubiger oder voraussichtlicher Erbe der einen Partei oder Verwandtschaft als solche, weil rein wirtschaftlicher Natur, genügt nicht, ein rechtliches Interesse zu begründen; auch die Fälle einer allgemeinen Gewinnbeteiligung am Jahresergebnis (RGEntsch. 83; S. 182) liegen anders als der Anspruch auf einen bestimmt bezifferten Anteil am streitigen Geschäft selbst oder eine für den streitigen Geschäftsabschluß als solchen zu gewährende Entlohnung. — — —"

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 17. März 1916. G. w. St. L. 619/15. F—z.

---

220. Wahl zwischen einer Klage auf Erteilung der Vollstr.-Klausel und einer neuen Leistungsklage.

(Vgl. 60 Nr. 248 m. N.)
ZPO. §§ 731. 794.

Allerdings beendigte der Prozeßvergleich v. 21. Dez. 1914 den Rechtsstreit über die Kaufpreisforderung hinsichtlich der gelieferten Möbel insofern, als der Umfang der klägerischen Forderung und die Berechtigung der von der Beklagten geltend gemachten Einwendungen gegen die Kaufsache entschieden wurde. Der Prozeßvergleich löste jedoch auch neue Verpflichtungen schuldrechtlicher Art für beide Parteien aus. Es war zunächst zu prüfen, ob der Vergleich geeignet war, ohne weiteres der Klägerin den ihr nach Erbringung der Vorleistung zustehenden Anspruch auf die Vergleichssumme im Vollstreckungswege zu verschaffen; denn stand diese Möglichkeit fest, so bedurfte es keiner weiteren Klagerhebung und die vorliegende Klage wäre ohne Sachentscheidung aus dem prozessualen Grunde des Mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen gewesen (vgl. Gaupp-Stein Vorbem. zu § 253 ZPO. IV 2b).

Eine solche Möglichkeit bot nun der Vergleich nicht schlechthin. Vielmehr hätte die Klägerin unter Anwendung der Vorschrift des § 726 Abs. 2 ZPO. den Beweis des Annahmeverzuges der Beklagten hinsichtlich der ihr gegenüber vorzunehmenden Vorleistung, da ihr die Beibringung der für die Erteilung der Vollstr.-Klausel erforderlichen öffentlichen Beweis-

urkunden nicht möglich war, nur auf dem Umwege einer besonderen Klage gemäß § 731 ZPO., der Klage auf Erteilung der Vollstr.-Klausel, erbringen können. Es schien dem Gericht als ein zu formalistischer Standpunkt, diese Klage auf Verurteilung nur deshalb abzuweisen, weil die Klägerin auch auf dem Wege der besonderen Klage gemäß § 731 ZPO. zu ihrem Ziele hätte gelangen können. In solchen Fällen, wo der Berechtigte zu seinem Rechte nur auf dem Wege eines neuen Prozesses gelangen kann, ist für die Anwendung der Lehre von der Klagevoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses kein Raum, und es muß in derartig liegenden Fällen gleich sein, statt auf Erteilung der Vollstr.-Klausel zu klagen, die Verurteilungsklage zu wählen und Erfüllung des Vergleichs durch Leistungsurteil zu begehren.

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 17. März 1916. Möbelfabrik Fr. w. J. Bf. IV. 396/15. Nö.

---

221. Eine Klage auf Herausgabe eines Vollstr.-Titels ist keine Zw.-Vollstr.-Gegenklage.

Vgl. 57 Nr. 184; 58 Nr. 149.
ZPO. § 767.

Der Kläger klagt beim LG. Hamburg auf Herausgabe dreier Zw.-Vollstr.-Titel, welche die Beklagte gegen ihn beim LG. I Berlin erwirkt hat und auf Zahlung von 62,35 M, welche sie auf Grund eines Kostenfestsetzungsbeschlusses desselben Gerichts von ihm hat einziehen lassen. Sowohl wegen des Herausgabeanspruchs wie wegen des Zahlungsanspruchs macht die Beklagte demgegenüber geltend, es handle sich um eine verschleierte sog. Zw.-Vollstr.-Gegenklage aus § 797 ZPO., es sei daher nach § 797 Abs. 1 das LG. I in Berlin für diese Klage ausschließlich zuständig.

Soweit auf Zahlung von 62,35 M geklagt wird ist dies schon deshalb nicht zutreffend, weil insoweit nicht nur der Antrag, sondern auch die Begründung der Zw.-Vollstr.-Gegenklage von der der gegenwärtigen Klage abweicht. Jemand, der im Wege der Zw.-Vollstreckung hat zahlen müssen, kann nicht mehr mit der Klage aus § 767 vorgehen, sondern es bleibt ihm nichts übrig, als das ihm nach bürgerlichem Recht etwa zustehende Klagerecht auf dem dafür gegebenen Wege zu verfolgen (RG. in JW. 1898, 506; Ob. LG. f. Bayern in SeuffA. 50 Nr. 221 u. a.). Soweit auf Herausgabe der Zw.-Vollstr.-Titel geklagt wird, mag es sein, daß die Klagebegründung der Begründung einer sog. Zw.-Vollstr.-Gegenklage entspricht; aber Antrag und Klagebegehren sind andre; die Klagen sind also nicht dieselben. Der Antrag auf Herausgabe der Urteile geht über den Bereich der Klage aus § 767 ZPO., deren Ziel der Ausspruch ist, daß die schwebende Zw.-Vollstreckung aus den Urteilen unzulässig sei, erheblich hinaus

(RG. im JW. 1910, 709). Es ist auch ohne weiteres klar, daß der Kläger eine andre Klage als die Zw.-Vollstr.-Gegenklage hat anstellen wollen, denn die Zw.-Vollstr.-Gegenklage hat er schon beim LG. I in Berlin erhoben und ist damit rechtskräftig abgewiesen; er würde sie also mit Erfolg dort jedenfalls nicht von neuem anstrengen können, wenn er nicht etwa neue Einwendungen gegen die Zw.-Vollstreckung aus den Titeln haben sollte, die er zur Zeit der Erhebung jener Klage nicht geltend zu machen imstande war. Gerade dies scheint der Grund zu sein, der den Kläger veranlaßt, eine andre Klage als die aus § 767 ZPO. zu versuchen. Ob die Begründung der erhobenen Klage den Klagantrag rechtfertigt, ist eine andre Frage, die zur Zeit noch nicht zu entscheiden ist.

Wenn eine solche Klage auf Herausgabe von Zw.-Vollstr.-Titeln, wie hier vorliegt, nach dem Rechte gegeben ist, so mag es vom Standpunkte des Gesetzgebers zweckmäßig erscheinen, für sie ebenso wie für die Klage aus § 767 ZPO. einen ausschließlichen Gerichtsstand anzuordnen. Das kann aber nicht dazu führen, die prozessuale Formvorschrift des § 767 über den Gerichtsstand etwa ausdehnend dahin auszulegen oder entsprechend dahin anzuwenden, daß auch für die hier erhobene Klage auf Herausgabe von Titeln jener für die Zw.-Vollstr.-Gegenklage ausschließliche Gerichtsstand allein gegeben wäre. Eine derartig freie Handhabung der Prozeßgesetze würde der Willkür Tür und Tor öffnen. Wenn das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung (JW. 1910, 710) davon spricht, daß der Fall denkbar wäre, daß eine Klage nur bezwecke, die gesetzliche Kompetenzvorschrift des § 767 zu umgehen, und es anscheinend für möglich hält, dann die Vorschrift des Gesetzes doch anzuwenden, so mag dabei etwa daran gedacht sein, daß eine in Wahrheit nur als Zw.-Vollstr.-Gegenklage begründete Klage zum Schein in der Form der Feststellungsklage erhoben wird, damit ein andres Gericht angegangen werden könne. Das kann hier, wo Herausgabe der Urteile verlangt wird, nicht gesagt werden. Für diese Klage hat das Gesetz einen besonderen Gerichtsstand nicht angeordnet.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 24. Mai 1916. Schr. (Bkl.) w. L. Bf. V. 78/16. Nö.

---

222. Über die Ablehnung eines Schiedsrichters ist im Beschlußverfahren zu entscheiden.

ZPO. §§ 1045. 1032.

Die Parteien hatten zur Erledigung von Streitigkeiten über Arbeiten, die von der Klägerin für den Beklagten geleistet waren, einen Schiedsvertrag geschlossen. Durch einen Schiedsspruch der Schiedsrichter K., M. und T. wurde der Anspruch der Klägerin abgewiesen. Die Klägerin forderte mit

ihrer im Rechtswege erhobenen Klage Aufhebung dieses Schiedsspruchs. Der Beklagte widersprach dem Klagebegehren und erhob Widerklage auf Erlassung des Vollstr.-Urteils. Die Klage wurde abgewiesen und die Vollstreckung des Schiedsspruchs für zulässig erklärt. Berufung und Revision wurden zurückgewiesen. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Der von der Klägerin erhobene Angriff, daß das schiedsrichterliche Verfahren unzulässig gewesen sei, weil die durch Schreiben v. 11. Februar 1914 abgelehnten Schiedsrichter K. und T. mitgewirkt hätten, wird im Ber.-Urteil schon deshalb für erledigt erachtet, weil die Ablehnung durch die Beschlüsse des Landgerichts und des Oberlandesgerichts v. 8. Okt. 1914 und 2. März 1915 rechtskräftig für unbegründet erklärt ist. Dieser Entscheidungsgrund erweist sich als zutreffend und durchgreifend.

Die Revision sucht zwar geltend zu machen: Das Beschlußverfahren des § 1045 ZPO. diene nur dazu, im Laufe und vor Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens eine für dessen Zulässigkeit erhebliche Entscheidung zu treffen. Werde im Fall eines Ablehnungsgesuchs (§ 1032) der Schiedsspruch erlassen, ohne daß schon ein Gerichtsbeschluß nach § 1045 über die Ablehnung vorliege, so sei anzunehmen, daß der Schiedsspruch unter Vorbehalt der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gefällt sei. Über die Zulässigkeit dieses Verfahrens habe dann nicht mehr das Beschlußgericht, sondern das nach § 1041 oder § 1042 erkennende Gericht zu befinden. Den Ausführungen ist indes nicht zu folgen. Früher waren Streitigkeiten über die Ernennung oder die Ablehnung eines Schiedsrichters im Wege des ordentlichen Prozesses, dessen Einleitung eine Klage und dessen Abschluß ein Urteil bildet, zum Austrag zu bringen (§ 871 ZPO. a. F.). Die für diese und andre Angelegenheiten durch die Prozeßnovelle v. 17. Mai 1898 eingeführte Änderung, die sich aus § 1045 ZPO. n. F. ergibt, läßt zweifelsfrei die Meinung des Gesetzgebers erkennen, daß insoweit ein einfacher als der ordentliche Prozeßweg gestaltetes Verfahren, nämlich das gerichtliche Beschlußverfahren genüge. Daß die Entscheidungsform des Beschlusses nur während des Laufes und nicht auch nach Abschluß des schiedsrichterlichen Verfahrens einzutreten habe und maßgeblich sei, dafür bietet der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt, und dafür sind auch innere Gründe nicht gegeben. Da die Schiedsrichter auch trotz einer gegen sie oder einen von ihnen gerichteten Ablehnungserklärung ihr Verfahren fortsetzen können, liegt die Möglichkeit sehr nahe, daß schon vor Erwirkung eines Gerichtsbeschlusses über die Ablehnung gemäß § 1045 das schiedsrichterliche Verfahren zum Abschluß kommt. Wenn gleichwohl das Gesetz das angeordnete gerichtliche Beschlußverfahren nicht ausdrücklich auf die Zeit, bis der Schiedsspruch bei Gericht niedergelegt ist (§ 1039), eingeschränkt hat, so ist zu folgern, daß solche Einschränkung nicht im Willen des Gesetzgebers lag. Besonderer Beurteilung mag der Fall unterliegen, wenn im Rechtsstreit gemäß § 1041 Nr. 1. eine

vom Schiedsgericht zurückgewiesene Ablehnung eines Schiedsrichters als Grund zur Aufhebung des Schiedsspruchs geltend gemacht und ein Gerichtsbeschluß nach § 1045 nicht ergangen ist. Ob nicht dann der Prozeßrichter materiell über die Frage der Berechtigung der Ablehnung befinden darf, steht nicht zur Entscheidung und bedarf nicht der Untersuchung. Hier lag der Vorinstanz vor Erlaß des Ber.-Urteils der im Streit der Parteien ergangene, sachlich eingehend begründete und formell rechtskräftige Beschluß des zuständigen Beschwerdegerichts v. 2. März vor, der die Ablehnung der Schiedsrichter K. und T. für ungerechtfertigt erklärte. Bei dieser Sachlage war der Prozeßrichter nicht veranlaßt und nicht befugt, über den auf gesetzmäßigem Wege zustande gekommenen Gerichtsbeschluß hinwegzugehen und selbständig aufs neue zu prüfen, ob die Ablehnungserklärung begründet war. Daß ein Beschlußverfahren nach § 1045 durch ein zu derselben Schiedsgerichtssache schwebendes Prozeßverfahren gemäß § 1041 oder § 1042 aufgesogen und hinfällig werde, ist nicht vorgeschrieben und nicht anzunehmen. Wenn auch die Rechtswirksamkeit des Schiedsspruchs unter dem Vorbehalt der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens steht, so folgt daraus keineswegs, daß der nach § 1041 oder § 1042 erkennende Richter die materielle Prüfung auch auf Punkte zu erstrecken habe, über die schon, wie vorliegend hinsichtlich der zwei Schiedsrichter betreffenden Ablehnung, gerichtlich mit einer die Parteien bindenden Kraft entschieden ist. Eine solche Entscheidung darf und muß der Prozeßrichter bei der ihm obliegenden Urteilsfällung berücksichtigen und zu Grunde legen. Hiernach war die Revision zurückzuweisen."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 12. Nov. 1915. B. (Kl.) w. Kreis R. (OLG. Kiel). VII. 211/15.

I. Bürgerliches Recht.

223. Unmöglichkeit der Erfüllung infolge Krieges?

Vgl. oben Nr. 157 m. N.
BGB. §§ 323. 480.

I. Die Klägerin hatte am 12. Mai 1914 von der Beklagten 50 Stück Hemdentuch der Bezeichnung H 50 M in der Länge von je 90 bis 100 m zum Preise von 0,32 ℳ für den Meter, „lieferbar 1914/1915“, gekauft. Die Beklagte lieferte trotz Abrufs des ganzen Betrages nur 25 Stück und erklärte sich wegen des Restes zur Lieferung außer Stande. Die Klägerin klagte daraufhin auf Lieferung der rückständigen 25 Stück, eventuell auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Auftrag der Klägerin v. 12. Mai 1914 enthält hinsichtlich der Lieferzeit der Ware die Bestimmung: ‚lieferbar 1914/1915‘. Eine weitere Vereinbarung des Inhalts, daß in Teilen abzurufen und diese Teile etwa gleichmäßig auf die Jahre 1914 und 1915 zu verteilen seien, ist nicht getroffen. Zieht man in Betracht, daß es sich um einen kleinen Abschluß im Gesamtwert von etwa 1500 ℳ handelt, so ist davon auszugehen, daß Beklagte innerhalb der beiden Jahre 1914 und 1915 jederzeit auf Verlangen der Klägerin selbst den ganzen Betrag des Abschlusses liefern mußte, und daß jedenfalls, nachdem im Juli 1914 10 Stück geliefert waren, es kein unbilliges oder vertragwidriges Verlangen der Klägerin darstellte, wenn sie für die weitere Lieferung die angegebene Einteilung am 26. Januar 1915 vornahm.

Die Behauptung der Beklagten, sie habe damals die Ware wegen Unmöglichkeit der Lieferung nicht zu liefern brauchen, wird widerlegt durch ihr eigenes Schreiben v. 28. Jan. 1915, in welchem sie die Beschaffung der Ware von ihren Rohwebern in Aussicht stellt, falls Klägerin die Tagespreise bewillige. Beklagte begründet nun zwar die behauptete Unmöglichkeit noch damit, daß die Preise damals so sehr, nämlich um 8 ₰ für den Meter, gestiegen seien, daß ihr die Beschaffung der Ware zu diesem erhöhten Preise nicht zugemutet werden könne. Dieser Verteidigung kann aber nicht beigetreten werden. Ein Lieferant, der sich bei Abschluß eines Lieferungsvertrages nicht mit der

zur Erfüllung seiner Lieferungsverpflichtung erforderlichen Ware versorgt, muß gewärtigen, daß er zu der Zeit, in welcher seine Verpflichtung zur Lieferung fällig wird, derartige Preisaufschläge bis zu 25% des Vertragspreises auf sich nehmen muß, um seine Lieferungsverpflichtungen zu erfüllen. Von einer Unmöglichkeit der Lieferung in dem Sinne, daß dem Verkäufer die Beschaffung der Ware zu dem erhöhten Tagespreise nicht zugemutet werden könne, kann hier nicht die Rede sein. Beklagte war also im Lieferungsverzuge, als sie Ende Januar 1915 die Lieferung unter Berufung auf die angebliche Unmöglichkeit der Lieferung ablehnte.

Beklagte ist daher zur Lieferung der auf den Abschluß noch rückständigen 25 Stück Hemdentuch verpflichtet und der erste Klagantrag der Klägerin ist begründet. Es ist nicht nachgewiesen, daß infolge der Verordnungen der kommandierenden Generale des 7. und 9. Armeekorps vom August 1915 die Lieferung des Hemdentuchs mit diesem Zeitpunkt unmöglich geworden wäre. Die Verordnung des kommandierenden Generals des 7. Armeekorps bestimmt lediglich, daß die Erledigung der Privataufträge hinter den Aufträgen der Heeresverwaltung zurückzustehen habe. Durch die Verordnung des kommandierenden Generals des 9. Armeekorps v. 12. Aug. 1915 ist verordnet worden, daß 10% von den bei Beginn des 14. Aug. 1915 vorhandenen eigenen Beständen an Baumwolle und Baumwollabgängen, jedoch mindestens 1000 kg und höchstens 5000 kg, zu beliebiger Verwendung von der Beschlagnahme freigegeben bleiben. Es ist anzunehmen, daß selbst damals noch das geringe Quantum von 25 Stück Hemdentuch, welches Beklagte noch auf den Abschluß v. 12. Mai 1914 an die Klägerin zu liefern hat, von ihr aus den beschlagnahmefreien Beständen beschafft werden konnte. Der Eventualantrag der Klägerin auf Schadenersatz mußte daher außer Betracht bleiben. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 11. Mai 1916. J. M. B. w. H. L. Bf. VI. 4/16. Nö.

II. Klägerin hatte von der Beklagten zur Lieferung September 1914/April 1915 rd. 240 T deutsches Reisfuttermehl gekauft. Am 4. September 1914 hatte die Beklagte der Klägerin „force majeure angedient" und erklärt, daß sie nicht liefern werde. Klägerin deckte sich ein und forderte von der Beklagten Schadenersatz. Der Anspruch wurde für begründet erklärt. Aus den Gründen:

„Dem Landgericht ist darin beizutreten, daß nach dem vorliegenden Vertrage die Beklagte nicht Ware einer bestimmten Fabrik und zwar ihrer eigenen verkauft hat. Nach der eigenen Darstellung der Beklagten ist bei den Vorverhandlungen lediglich davon die Rede gewesen, daß die Beklagte Reisfuttermehl herstelle und daß die zu liefernde Ware keinesfalls geringer ausfallen dürfe als das bekannte Hamburger Reisfuttermehl III. Dagegen hat die Beklagte garnicht behauptet, daß sie geradezu verpflichtet worden sei, ihr eigenes Erzeugnis zu liefern. Vollends spricht auch die Fassung des Schluß-

scheins gegen eine derartige Vereinbarung, denn dort ist als Gegenstand des Vertrages ‚Deutsches Reisfuttermehl, in Qualität nicht geringer als Hamburger Mühlen-Reisfuttermehl III' angegeben. Daher kann die Beklagte sich nicht auf § 6 der Schlußscheinbedingungen berufen, um vom Vertrage loszukommen.

Ebensowenig steht ihr aber der § 7 der Bedingungen zur Seite, wonach die abgeschlossenen Verträge ganz oder für den noch unerfüllten Teil als aufgehoben gelten, sobald und insoweit die Einfuhr oder die Verladung vom Abladeorte durch Ausfuhr- oder Einfuhrverbot, Feindseligkeiten, Feuer, Streik, Aussperrung, Blockade, Epidemien oder höhere Gewalt unmöglich gemacht wird. Schon nach dem Wortlaut dieser Bedingung ist die Beklagte im vorliegenden Falle von ihrer Lieferungspflicht nicht befreit. Ihre Berufung auf angebliche Ausfuhrverbote im Schreiben v. 4. Sept. 1914, die Rumänien und Italien erlassen haben sollten, ist unzutreffend, denn tatsächlich sind damals in diesen Ländern Ausfuhrverbote nicht erlassen worden, auch ist noch Ware der hier in Betracht kommenden Art damals nach Deutschland hereingekommen. Daß die Menge dieser hereingekommenen Ware keine ganz geringe gewesen sein kann, ergibt sich daraus, daß nach dem Gutachten des Sachverständigen M. der Bestand an Rohmaterial und Fertigfabrikaten bei Kriegsausbruch in Deutschland nur ein verhältnismäßig geringer gewesen ist, während die sachverständigen Schiedsrichter in dem von der Klägerin übergebenen Schiedsgerichtsurteil sich dahin ausgesprochen haben, daß Anfang September 1914 genügend Ware auf dem deutschen Markt vorhanden gewesen sei. Aber das Gericht legt nach der Fassung der Bedingung diese auch dahin aus, daß der Verkäufer nur dann durch die verhinderte Einfuhr von seiner Lieferung befreit sein soll, wenn diese die Lieferung unmöglich macht. Das schließt es aus der Verwendung des Wortes ‚insoweit' und aus der Erwägung, daß es offenbar unbillig wäre, wenn der Verkäufer trotz der erschwerten Ausfuhr die Möglichkeit hätte, sich ohne übertriebene Anstrengungen Ware zu verschaffen und trotzdem von seiner Lieferungsverpflichtung befreit sein sollte. Daß nach dieser Richtung die stattgehabte Preissteigerung von Ende Juli bis Anfang September um etwa 50% keine so große gewesen ist, daß billigerweise der Beklagten die Beschaffung der Ware nicht zugemutet werden könnte, nimmt dieses Gericht in Übereinstimmung mit der kaufmännisch besetzten 1. Instanz und dem ebenso besetzten Schiedsgericht an. — — —"

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (6. Sen.) v. 20. Mai 1916. E. K. w. M. & J. Bf. VI. 426/15. Nö.

---

224. Gewährt die Kriegsklausel ohne weiteres ein Rücktrittsrecht von einem Lieferungsvertrage? Auslegung.

Vgl. 70 Nr. 209 m. N.; 71 Nr. 107 sowie die vorige Nr.
BGB. §§ 480. 323. 157.

Auf Grund eines Lieferungsvertrages verlangte die Klägerin Lieferung, die die Beklagte mit Rücksicht auf den inzwischen ausgebrochenen Krieg verweigerte. Klägerin klagte auf Schadenersatz. Ihr Anspruch wurde in beiden Instanzen für begründet erklärt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Der hier maßgebliche Vertragswortlaut ist: ‚Betriebsstörungen, force majeure, Krieg rc. entbinden während der Dauer ihres Bestehens von der Lieferung. Die Lieferzeit wird um die Dauer dieser Fälle verlängert. Sollte Verkäufer aber länger als drei Monate an der Lieferung verhindert sein, so ist er berechtigt, den Kontrakt, soweit er unerledigt ist, ganz zu stornieren'. Auf Grund dessen glaubt die Beklagte den Standpunkt vertreten zu können, daß, einerlei ob durch den Krieg die Lieferung der Ware verhindert oder erschwert werde oder nicht, einerlei auch, ob der Verkäufer tatsächlich über Warenmengen verfügte, welche zur Vertragserfüllung genügen, der Kriegsausbruch als solcher ihr ein unbeschränktes Rücktrittsrecht gebe. Dieser Standpunkt würde also dahin führen, daß der Verkäufer, je nachdem es ihm vorteilhaft ist, entweder seinen Käufer am Vertrag festhalten oder aber bei steigenden Preisen diese in seinem Interesse ausnutzen könnte, indem er von den vor dem Krieg geschlossenen Verträgen zurücktritt und nunmehr die Waren, wenn sich nicht der frühere Käufer etwa zu den erhöhten Preisen verstehen will, anderweitig mit einem Vorteil verkauft, der, wie bekannt, bei manchen Waren erheblich ist. Es ist klar, daß, wenn wirklich ein Verkäufer für den Fall eines Krieges sich eine für ihn so vorteilhafte Lage sichern will, er dies zu einem für den andern Teil klaren Ausdruck zu bringen hat. Aus dem obenstehenden Vertragswortlaut ist aber nichts weiteres zu entnehmen, als daß der Verkäufer ein Recht auf Hinausschiebung der Lieferung haben soll, wenn und solange der Krieg die Lieferung ‚verhindert' und daß er dann, aber auch nur dann, ein Rücktrittsrecht ausüben darf, wenn diese Verhinderung länger als drei Monate nach dem Kriegsausbruch andauert. Die Beklagte hat offenbar selber ursprünglich die obige Abrede ganz richtig lediglich in dem vorstehend dargelegten Sinn aufgefaßt. Denn in ihrem Rundschreiben v. 1. Aug. 1914 und in ihrem Briefe an die Klägerin von demselben Tage wird keineswegs der Standpunkt vertreten, daß es jetzt im Belieben der Beklagten stehe, ob sie ihre alten Verträge erfüllen wolle oder nicht, sondern es wird dort nur geltend gemacht, daß infolge der Kriegsereignisse und deren Folgen für den Bahntransportverkehr ‚zunächst' oder ‚bis auf weiteres' nicht geliefert werden könne. So schreibt die Beklagte wörtlich: ‚Des weiteren teilen wir Ihnen mit, daß, nachdem die Mobilmachung angeordnet und die Einfuhr

von Gerste durch Sperrung der Elbmündung verhindert ist, wir infolge force majeure bis auf weiteres auf Ihren Kontrakt nicht mehr liefern können. Sobald wir dazu in der Lage sind, kommen wir Ihnen mit weiteren Nachrichten bezüglich Ablieferung näher'. Es kommt also einzig darauf an, ob die Beklagte länger als drei Monate nach dem Kriegsbeginn (1. Aug. 1914) an Lieferung der Ware, d. h. der rückständigen 30 Tonnen gehindert worden ist. Dies behauptet sie selber an sich nicht. — — —

Die Beklagte wirft endlich der Klägerin einen Verstoß gegen die guten Sitten vor, den sie darin erblickt, daß die Klägerin unter obwaltenden Umständen Lieferung zu Friedenspreisen verlange. Es ist aber nicht abzusehen, wieso hier, wo doch jede Partei den Vertrag gutgläubig in ihrem Sinn auslegt und jede Partei danach den von ihr eingenommenen Rechtsstandpunkt gutgläubig vertritt, die eine der andern vorwerfen könnte, daß sie im Sinne des § 826 BGB. in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise ihr vorsätzlich Schaden zufüge. Das Landgericht hat deshalb mit Recht die Beklagte für schadenersatzpflichtig erachtet."

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 6. März 1916. E. & F. w. C. H. Akt.-Ges. Bf. I. 318/15. Nö.

---

225. Über den Einfluß der heimlichen Begünstigung eines Gläubigers auf einen allgemeinen Schuldvergleich.

Vgl. 62 Nr. 203 m. N.
BGB. §§ 397. 123. 157. 158 Abs. 2, 826.

Im November 1913 ließ die Firma G., die jetzige Beklagte, die sich damals in Zahlungsschwierigkeiten befand, ihren Gläubigern durch einen Anwalt den Vorschlag unterbreiten, gegen Empfang von 20% der Forderungen auf den Rest des Guthabens zu verzichten. Unter den Gläubigern befand sich die Firma K., die nunmehrige Klägerin, die für gelieferte Waren 2860 *M* zu fordern hatte, und die Firma Sch. & Cie., der für gelieferte Waren eine Forderung von 1440 *M*, außerdem eine Wechselregreßforderung von 90 *M* und eine am 24. Dez. 1913 fällige Wechselforderung von 94 *M* zustand. Die Firma Sch. & Cie. machte ihre Zustimmung davon abhängig, daß die beiden Wechselforderungen voll bezahlt würden; G. ließ sich dazu herbei, worauf die Firma Sch. & Cie. hinsichtlich ihrer Warenforderung den Nachlaß von 20% bewilligte. Die Firma K., die von den Verhandlungen mit Sch. & Cie. nichts erfahren hatte, trat dem Akkordvorschlag am 30. Nov. 1913 bei. Da auch alle übrigen Gläubiger zustimmten, kam der Akkord auf der Grundlage des anwaltlichen Rundschreibens zustande. Die zum Vollzug des Akkords erforderlichen Beträge wurden aufgebracht. Auch die Firma K. erhielt 20% ihrer Forderung ausbezahlt, so daß sie mit 2288 *M* ungedeckt blieb.

Nachdem sie von der vollen Befriedigung der beiden Wechselforderungen der Firma Sch. & Cie. Kenntnis erhalten hatte, focht sie am 30. Juli 1915 die Bewilligung des Nachlasses von 80%, weil durch arglistige Täuschung und Irrtum veranlaßt, an und erhob sodann Klage gegen die Firma G. auf Zahlung eines Teilbetrags von 600 ℳ nebst 5% Zinsen seit dem 1. Jan. 1914 mit der Begründung, daß sie den Nachlaß zu 80% nur im Vertrauen darauf bewilligt habe, daß kein Gläubiger vor den anderen bevorzugt werde. Die Firma G. beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Antrage, festzustellen, daß der Klägerin ein Anspruch auf Nachzahlung von 80% ihrer Forderung nicht zustehe. — Das Landgericht hat die Beklagte antraggemäß verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten wurde die Klage abgewiesen und gemäß der Widerklage festgestellt, daß der Klägerin gegen die Beklagte auch ein Anspruch auf weitere Nachzahlung nicht zustehe. Aus den Gründen:

„Gleiche Behandlung sämtlicher Gläubiger ist keine Voraussetzung des Akkordvertrags; daher berechtigt die irrige Annahme eines Gläubigers, daß alle Gläubiger gleiche Berücksichtigung fänden, diesen nicht zur Anfechtung. Besondere Umstände können aber die Pflicht zur Offenlegung vor Abschluß des Akkords begründen, so z. B. wenn, wie bei Rundschreiben, allseitig eine wahrheitgemäße Darstellung des Abhandlungsplans erwartet wird. Wird in solchen Fällen die Bevorzugung eines Gläubigers verschwiegen, so können die getäuschten Gläubiger den Akkordvertrag nach § 123 BGB. anfechten oder Schadenersatz nach § 826 BGB. begehren; sie können sich aber auch auf den Standpunkt stellen, daß die Nichtbevorzugung einzelner Gläubiger eine auflösende Vertragsbedingung nach §§ 158 Abs. 2, 133. 157 BGB. gebildet habe, und daher, wenn sich ihre Erwartung nicht bewahrheitet, den Rücktritt vom Akkordvertrag erklären;

Staub HGB.[9] Anm. 10 des Exk. zu §§ 350; Jaeger KO.[3/4] Anm. 9 zu § 181 und die an diesen Stellen angeführten weiteren Schriftsteller und Entscheidungen.

Obwohl die Einzelheiten des in Aussicht genommenen Akkordvertrags sämtlichen Gläubigern durch das Rundschreiben des Anwalts der Firma G. bekanntgegeben worden sind, die Voraussetzungen der oben erwähnten Rechtsbehelfe daher vorzuliegen scheinen, muß doch mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des vorliegenden Falles, entgegen der Annahme des Landgerichts, der von der Klägerin erhobene Anspruch für unbegründet erklärt werden. Zu welch weittragenden und unbefriedigenden Ergebnissen der Rücktritt eines Gläubigers von einem bereits vollzogenen Akkordvertrag führen kann, zeigt gerade der zur Entscheidung stehende Rechtsstreit. Nach der vom Landgericht vertretenen Anschauung würde der Hauptschuldige, die Firma Sch. & Cie., im ungestörten Besitz des hinter dem Rücken der übrigen Gläubiger erreichten Sondervorteils verbleiben, die Klägerin volle Befriedigung ihrer ganzen Forderung erhalten, sämtliche übrigen Gläubiger dagegen auf die bereits erhaltenen

20% ihrer Forderung beschränkt bleiben, während die wirtschaftliche Existenz der Beklagten, die durch das Zustandekommen des Akkords wenigstens auf einige Zeit hinaus gesichert schien, durch das Vorgehen der Klägerin vernichtet wird. Diese Erwägung zwingt dazu, das Rücktrittsrecht wegen Bevorzugung einzelner Gläubiger auf den Fall zu beschränken, daß der dem bevorzugten Gläubiger gewährte Sondervorteil nicht ganz unerheblich ist. Denn die Annahme, daß die gleichheitliche Behandlung aller Beteiligten von jedem Gläubiger stillschweigend als auflösende Vertragsbedingung gesetzt wurde, stützt sich auf die Grundsätze der §§ 133 und 157 BGB. Nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte aber muß es als ausgeschlossen gelten, daß jeder Teilnehmer an einem Akkordvertrag sich seinen Rücktritt auch für den Fall vorbehalten haben sollte, wenn einem andern Gläubiger irgendwelche, wenn auch noch so geringfügige Bevorzugung zuteil wird. Ob der einem Gläubiger gewährte Sondervorteil so erheblich ist, daß er den Rücktritt der übrigen Gläubiger zu rechtfertigen vermag, kann nicht allgemein, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles entschieden werden. Nach der von der Beklagten übergebenen Zusammenstellung betrugen ihre Schulden im Oktober 1913 25314 ℳ; die Forderungen der sechs höchstbeteiligten Gläubiger waren 3823 ℳ, 3385 ℳ, 2860 ℳ (die Klägerin), 2379 ℳ, 1978 ℳ und 1440 ℳ (Firma Sch. & Cie.). Bei dieser Sachlage erscheint der Umstand, daß die Firma Sch. & Cie. ihre weitere Forderung zu 184 ℳ nicht nur in Höhe von 20% (= 36,80 ℳ), sondern voll ausbezahlt erhielt, als so unwesentlich, daß es nicht gerechtfertigt erscheint, das Unterbleiben einer so geringfügigen Bevorzugung eines Gläubigers als stillschweigende Bedingung des Akkordvertrags zu betrachten. Die Klägerin ist daher zum Rücktritt vom Akkordvertrag nicht berechtigt.

Aber auch das Recht zur Anfechtung ihrer Beitrittserklärung gemäß § 123 BGB. steht der Klägerin nicht zu. An dem Verhalten der Beklagten ist nach der Beweiserhebung nur zu beanstanden, daß sie von dem erst nach der Versendung des Rundschreibens gestellten Verlangen der Firma Sch. & Cie., ihr die beiden Wechsel voll zu bezahlen, den übrigen Gläubigern keine Mitteilung gemacht hat. Ob diese Unterlassung den Vorwurf arglistiger Täuschung zu begründen vermag, kann bezweifelt werden. Zur Anwendbarkeit des § 123 BGB. fehlt es aber jedenfalls an dem erforderlichen ursächlichen Zusammenhang zwischen dieser Verschweigung und der von der Klägerin erklärten Zustimmung zum Akkord. Denn der Senat ist überzeugt, daß die Klägerin, wenn sie davon Kenntnis erhalten hätte, daß die Firma Sch. & Cie. auf Vollzahlung ihrer Wechselforderung zu 184 ℳ bestehe, hieraus keinen Anlaß entnommen hätte, das vorteilhafte Angebot eines Akkords zu 20% abzulehnen oder ihre bereits erteilte Zustimmung zu widerrufen; sie hätte ja dadurch die sichere Aussicht, den fünften Teil ihrer Forderung zu retten, preisgegeben gegen die hohe Wahrscheinlichkeit, bei konkursmäßiger Befriedi-

gung etwa 95% oder mehr ihrer Forderung zu verlieren. Gerade mit Rücksicht auf die Höhe der Forderung, die für die Klägerin auf dem Spiel stand, kann nicht angenommen werden, daß sie, lediglich aus Mißgunst gegen die Firma Sch. & Cie. ihrem eigenen Interesse so töricht zuwidergehandelt hätte. Die von der Klägerin im Rechtsstreit aufgestellte Behauptung, sie hätte, falls sie von der Bevorzugung der Firma Sch. & Cie. Kenntnis erhalten hätte, dem Akkord keinesfalls zugestimmt, ist offenbar prozeßtaktischer Erwägung entsprungen und verdient keinen Glauben.

Auch die Bezugnahme auf § 826 BGB. vermag die Klage nicht zu stützen. Ob die Handlungsweise des G. das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzt, erscheint zweifelhaft, da er sich in einer gewissen Zwangslage befand, auf den Rat seines Schwiegervaters handelte und wohl auch annehmen durfte, daß wegen der Geringfügigkeit des von Sch. & Cie. begehrten Sondervorteils eine besondere Mitteilung hierüber an die übrigen Gläubiger nicht erforderlich sei. Aber auch bei der gegenteiligen Annahme ist § 826 BGB. unanwendbar, weil das Verhalten des G. eine Schädigung der Klägerin nicht zur Folge gehabt hat. Eine Verminderung der zur Befriedigung der übrigen Gläubiger verfügbaren Masse ist durch die Verheimlichung des mit Sch. & Cie. getroffenen Sonderabkommens nicht herbeigeführt worden. — — — Wäre aber wirklich an dem Widerspruch eines oder einzelner Gläubiger das Zustandekommen des Akkords gescheitert, so hätte in dem dann unausbleiblichen Konk.-Verfahren sicherlich kein Gläubiger mehr als 5% seiner Forderung, die Klägerin also nur 143 *M* statt der tatsächlich bezogenen 20% = 572 *M* erhalten. Eine Beschädigung des Vermögens der Klägerin ist also durch die Verheimlichung der Begünstigung der Firma Sch. & Cie. keinesfalls verursacht worden.

Die Klägerin bleibt daher an ihre Zustimmung zum Akkord und den erklärten Verzicht auf 80% ihrer Forderung gebunden und kann irgendwelche weitere Ansprüche nicht geltend machen. — — —"

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 12. April 1916. K. w. G. L. 134/16.

F—z.

---

226. Bedeutung eines vom abgetretenen Schuldner dem neuen Gläubiger gegebenen Zahlungsversprechens.

Vgl. 67 Nr. 107 m. N.
BGB. § 404.

Die Klägerin hatte für die Terraingesellschaft K. m. b. H. zu B. Kanalisations- und Erdarbeiten ausgeführt, auf die im Frühjahr 1911 ein Betrag von 54000 *M* fällig war. Da Zahlung nicht erfolgte, machte sie ihren Anspruch im Rechtswege geltend. Der damalige Prozeß endete mit einem Vergleiche: die Terraingesellschaft verpflichtete sich, einen Teil sofort in bar zu zahlen,

während sie der Klägerin wegen des Restes von 29956,65 *M* eine gleich hohe Forderung gegen H. in B.-H. abtrat. Ihre Mitgliederversammlung hatte nämlich beschlossen, das Stammkapital um 350000 *M* zu erhöhen; H. hatte von dem neuen Kapital 84700 *M* übernommen, die ihm bis zum 2. Okt. 1912 gestundet waren. Durch Schreiben v. 2. Aug. 1911 erklärte er der Klägerin, daß er die abgetretene Forderung am 2. Okt. 1912 unmittelbar an sie zahlen werde. — Die Klägerin klagte den Betrag gegen H. ein, indem sie die Klage sowohl auf die Abtretung wie auf die Zusage v. 2. Aug. 1911 stützte. H. brachte Einwendungen gegen die abgetretene Forderung vor und bestritt, daß das Schreiben v. 2. Aug. 1911 als Klagegrund dienen könne. — Das Landgericht erachtete den Klagegrund der Abtretung für durchgreifend. Das Ber.-Gericht ließ die Gültigkeit der abgetretenen Forderung dahingestellt, verwarf aber die Einwendungen gegen den Klagegrund des Zahlungsversprechens. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Erklärt der Schuldner einer abgetretenen Forderung dem Zessionar, er werde die Schuld unmittelbar an ihn zahlen, so ist die Bedeutung dieser Erklärung nach Lage der Umstände verschieden zu beurteilen. Es kann sein, daß damit nur von der Abtretung Kenntnis genommen wird. Doch wird das die Ausnahme bilden; in der Regel sind die Worte als Willenserklärung aufzufassen (vgl. RG.Entsch. 83, 186). Dabei kommt nicht etwa nur ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis in Frage, vielmehr kann auch eine Verpflichtung zur Zahlung ohne Rücksicht auf etwaige Einwendungen gegen die Forderung gewollt sein (vgl. z. B. RG.Entsch. 77, 157, in SeuffA. 67 Nr. 107). Ähnlich wie es im Wechselverkehr geschieht, wenn der Schuldner dem nach der Echtheit der Unterschrift sich erkundigenden Inhaber des Wechsels Zahlung verspricht (vgl. RG.Entsch. 82, 337; RG. II 618/13 v. 28. Okt. 1913, LeipzZ. 1914, 757), wird auch dem Zessionar nicht selten eine Garantiezusage erteilt. Mitunter erscheint das Versprechen auch als Entgelt für eine Gegenleistung des Versprechensempfängers, so daß es im Zusammenhang des gegenseitigen Vertrags seinen Grund findet.

Im vorliegenden Fall hat das Kammergericht ausgeführt, der Hinweis auf den ursprünglichen Schuldgrund, der sich in dem Schreiben v. 2. Aug. 1911 finde, spreche gegen ein abstraktes Schuldversprechen; da aber ausdrücklich Zahlung für den 2. Okt. 1912 zugesichert sei, lasse sich bei der Gewandtheit H.s im schriftlichen Ausdruck nicht annehmen, daß er nur die Abtretung als gültig habe anerkennen wollen. Auch die Begleitumstände des Falls nötigten zu einer andern Auffassung. Als die Terraingesellschaft die streitige Forderung abtrat, sei H. Vorsitzender ihres Aufsichtsrats und in erheblichem Maße am Stammkapital beteiligt gewesen. Er habe gewußt, daß die Klägerin gegen die Gesellschaft eine beträchtliche Geldforderung eingeklagt hatte und die Verurteilung unmittelbar bevorstand. Wie er ebenfalls wußte, hätten der Gesellschaft bare Geldmittel nicht zur Verfügung gestanden. Danach habe er ein

erhebliches persönliches und wirtschaftliches Interesse daran gehabt, die Zw.-Vollstreckung und das drohende Konk.-Verfahren von der Gesellschaft abzuwenden. Aus einem Briefe der Klägerin v. 1. Aug. 1911 habe er ersehen müssen, daß der Zusammenbruch nur dann verhindert werden konnte, wenn er selbst sich erbot, ihr die abgetretene Summe zu zahlen. Sofort nach Empfang dieses Briefes habe er die verlangte Erklärung abgegeben und dadurch die Zurücknahme der Klage erzielt. Zweifellos sei er sich dabei bewußt gewesen, daß sich die Klägerin mit der Abtretung einer tatsächlich oder rechtlich zweifelhaften Forderung nicht begnügen werde, sondern volle und unbedingte Sicherheit verlange. Habe er unter solchen Umständen Zahlung versprochen, so könne seine Erklärung nicht anders gedeutet werden als in dem Sinne, daß der Klägerin ein unentziehbares Recht auf die Zahlung eingeräumt werden sollte.

Diese Ausführungen sind in tatsächlicher Hinsicht nicht angefochten worden. Die Schlußfolgerung aber, zu der der Ber.-Richter gelangt, ist frei von Rechtsirrtum. Nach dem, was festgestellt ist, handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag: dafür, daß die Klägerin ihre Klage gegen die Terraingesellschaft zurücknahm und Stundung gewährte, verpflichtete sich H., der Klägerin unbedingt die Summe von 29956,65 ℳ zu zahlen. Daß ein Verzicht auf unbekannte Einreden nicht möglich sei, ist schon an sich nicht richtig, trifft hier aber auch deshalb nicht zu, weil H. nur der Klägerin gegenüber, nicht auch gegenüber der Terraingesellschaft versprochen hat, aus etwaigen Einwendungen keine Rechte herzuleiten. Es verhält sich ebenso wie wenn er eine von der Terraingesellschaft ausgestellte Anweisung oder einen Wechsel der Klägerin gegenüber angenommen hätte (vgl. § 784 BGB.; Art. 82 WO.). Standen ihm wirklich Einwendungen gegen die Forderung zur Seite, so ist die Beklagte darauf beschränkt, die Sache im Kondiktionswege mit der Terraingesellschaft auszutragen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 25. Febr. 1916. H. (Bekl.) w. Br. (KG. Berlin). II. 420/15.

---

227. Wann war die ohne Genehmigung des Gläubigers übernommene Hypothek zu kündigen, wenn der Gläubiger aus der Erfüllungsübernahme klagen will?

(Vgl. 38 Nr. 224; 68 Nr. 7. 50; ferner 68 Nr. 33 m. N.)
BGB. §§ 415. 416. 1141.

Gl. war persönlicher und dinglicher Schuldner einer auf seinem Gute Ö. für die Klägerin eingetragenen Darlehnshypothek. Er verkaufte das Gut im Juli 1910 an den Beklagten, der die Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm. Die Klägerin genehmigte die Schuldübernahme nicht. Der Beklagte verkaufte das Gut später weiter an Gr. Nachdem Gl. verstorben

und von seiner Witwe als alleinigen Erbin beerbt worden war, trat diese am 26. Mai 1915 den ihrem Ehemann zustehenden und von ihr ererbten Anspruch gegen den Beklagten auf Befriedigung der Klägerin wegen der Darlehnsforderung an die Klägerin selbst ab. Die Klägerin erhob nun Klage mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, an sie 17200 ℳ (den Betrag der Hypothek) nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung der Hypothek zu zahlen. Der Beklagte beantragte zunächst Abweisung der Klage; als darauf die Hypothek von den Erben Gr.s ausgezahlt wurde, ward nur noch über die Kosten gestritten und diese wurden der Klägerin auferlegt. Ihre Beschwerde wurde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Da die Schuldübernahme in betreff der persönlichen (Darlehns-) Schuld Gl.s von der Klägerin nicht genehmigt ist, war Gl. persönlicher Schuldner geblieben; infolge Erbgangs ist seine Witwe Schuldnerin geworden. Dinglicher Schuldner war Gr. Der persönliche Schuldner Gl. und darnach seine Witwe hatten anderseits aus der nicht genehmigten Schuldübernahme, welche die Bedeutung einer Erfüllungsübernahme im Verhältnis zwischen Gl. und dem Beklagten hatte, einen Anspruch gegen den Beklagten auf Befreiung von der persönlichen Schuld, welcher der Klägerin abgetreten ist (vgl. RGEntsch. 80, 183). Die Klägerin konnte aus dieser Abtretung Ansprüche nur insoweit gegen den Beklagten herleiten, als solche dem Gl. zugestanden hatten. Gl. oder seine Erbin, die persönlichen Schuldner der Darlehnshypothek, konnten Ansprüche aus der Erfüllungsübernahme gegen den Beklagten nur erheben, soweit sie selbst als persönliche Schuldner zur Befriedigung der Gläubigerin verpflichtet waren; sie konnten vom Beklagten Befreiung mithin erst verlangen, wenn die Schuld ihnen gegenüber fällig geworden war (vgl. Staudinger Anm. 3b zu § 415 BGB.). Die Kündigung der Hypothek an den Grundeigentümer bewirkte keine Fälligkeit der persönlichen Schuld, da der dingliche und der persönliche Schuldner verschiedene Personen waren (vgl. Staudinger Anm. I 3b zu § 1141 BGB.). Eine Kündigung der persönlichen Schuld hätte an die Witwe Gl., welche nach dem Tode ihres Ehemannes die persönliche Schuldnerin war, erfolgen müssen; solange eine solche nicht erfolgt war, hatte sie noch keinen fälligen Anspruch auf Schuldbefreiung gegen den Beklagten, und die Klägerin als Zessionarin hatte keine weitergehenden Ansprüche. Eine Kündigung an den Beklagten war bedeutunglos, da dieser nicht persönlicher Schuldner der Darlehnshypothek war.

Das Landgericht ist diesen Grundsätzen mit Recht gefolgt. Die Beschwerde sucht mit Unrecht auszuführen, die Logik des landgerichtlichen Urteils führe dahin, daß die Witwe Gl. sich selbst hätte kündigen müssen. Nicht die Witwe Gl. hätte sich, sondern die Klägerin hätte der Witwe Gl. kündigen müssen, um den Befreiungsanspruch der letzteren gegen den Beklagten geltend machen zu können. Da diese Kündigung nicht erfolgt war, hat das Landgericht mit Recht die Prozeßkosten der Klägerin auferlegt, welche aus dem abgetretenen

Befreiungsanspruch der Witwe Gl. noch keine fälligen Ansprüche gegen den Beklagten hatte, als ihre Befriedigung erfolgte."

Beschluß des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 8. Juni 1916. Gl. w. H. 18b. SA. 1/16. K—n.

---

228. Darf auch der Käufer einer bestimmten Sache beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern?

Vgl. 58 Nr. 118; 60 Nr. 29.
BGB. §§ 463. 280 Abs. 2.

— — — Das Ber.-Gericht erachtet für erwiesen, daß die Beklagten nach § 10 des Vertrages v. 20. Juli 1912 in Ansehung des Brauereibetriebes die Eigenschaft einer Ertragsfähigkeit von rd. 8000 *M* jährlich zugesichert haben, stellt darauf fest, daß dem Brauereigeschäft die bezeichnete Eigenschaft gefehlt hat, und nimmt auf Grund dessen an, daß der Kläger, zumal jenes Geschäft den wesentlichsten Teil des Kaufgegenstandes gebildet habe, gemäß § 463 BGB. Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern dürfe. Seien die Beklagten ihrer Verpflichtung als Verkäufer auch insoweit nachgekommen, als sie die Brauereigrundstücke dem Kläger übergeben und übereignet hätten, so sei die Sache gleichwohl so anzusehen, als wäre der Vertrag von seiten der Beklagten überhaupt und gänzlich unerfüllt geblieben, weil eben dem Kaufgegenstande die zugesagte Eigenschaft gefehlt habe; mithin aber könne der Kläger nach § 463 (Satz 1) BGB. sowohl die Zurücknahme der Grundstücke verlangen wie auch die erhobenen Ersatzforderungen geltend machen. Das Ber.-Gericht hat sich hierbei auf das Urteil des 2. Zivilsen. des Reichsgerichts in Entsch. 52, 352 (SeuffA. 58 Nr. 118) berufen. Hier (wie auch in Entsch. 53 Nr. 24 S. 92) ist allerdings der Standpunkt vertreten worden, daß sich der Käufer, dem eine Sache geliefert worden, der eine zugesagte Eigenschaft fehle, wie im Falle des Gattungskaufs gemäß § 480 BGB. so auch beim Kauf einer bestimmten Sache gemäß § 463 auf den Standpunkt stellen könne, „als habe der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt", und daher die empfangene Sache auch „zurückweisen" und den sich aus der vollen Nichterfüllung ergebenden Schaden ersetzt verlangen dürfe. Die Revision hat diesen Ausgangspunkt bemängelt.

Die Ansicht, daß auch beim Verkauf einer bestimmten Sache ein Fall völliger Nichterfüllung dann vorliege, wenn der dem Käufer gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 übergebenen und übereigneten Sache zur Zeit des Gefahrüberganges eine zugesagte Eigenschaft mangele, kann allerdings bedenklich sein. Indessen, will man auch der anderen, von der Wissenschaft und den meisten Bearbeitern des BGB. vertretenen Auffassung folgen, daß unter den gedachten Voraussetzungen nur von einem Fall mangelhafter Erfüllung gesprochen werden könne, und der Verkäufer dementsprechend grundsätzlich auch nur wegen mangelhafter Erfüllung hafte, so muß man doch auch von dieser Anschauung aus zu

dem Ergebnis gelangen, daß ein Käufer die ihm gewährte Sache zurückgeben und daraufhin Schadenersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages verlangen kann, wenn die Sache so liegt, daß ihm die zugesagte Eigenschaft überhaupt nicht gewährt werden kann und er an der mangelhaften Erfüllung kein Interesse hat (vgl. §§ 280 Abs. 2 und 325 Abs. 2). Um einen solchen Fall würde es sich aber hier handeln, wenn es richtig wäre, daß dem Kläger von den Beklagten als Eigenschaft des Kaufgegenstandes eine Ertragsfähigkeit des Brauereigeschäfts in Höhe von jährlich etwa 8000 M vertraglich zugesichert worden ist, daß dagegen das Geschäft in Wirklichkeit mit Gewinn überhaupt nicht gearbeitet hat und ein Arbeiten mit Erfolg auch nicht zu erwarten ist. In diesen Beziehungen sind nun die Voraussetzungen des zu denkenden Falles durch die Feststellungen des Ber.-Urteils zum Teil bereits jetzt als gegeben dargetan. Das Ber.-Gericht nimmt zunächst als selbstverständlich an, daß es dem Kläger um Erwerb einer gewinnbringenden Brauerei zu tun war, und darin kann ihm keinesfalls entgegengetreten werden. Sodann aber hat die Revision auch nicht die rein tatsächliche Feststellung zu erschüttern vermocht, daß die Brauerei nicht nur keinen Gewinn gebracht, vielmehr ständig mit Verlust gearbeitet hat; daß sie für die Zwecke des Klägers unbrauchbar war und auch die Hoffnung nicht bestand, das Geschäft in absehbarer Zeit zu heben. Endlich aber ist das Ber.-Gericht auch der Darlegung des Sachverständigen Schw. gefolgt, daß Brauereien von der Art, wie sie die hier in Rede stehende ist, in Sachsen überhaupt nicht mit Erfolg betrieben werden können. Eine Brauerei zu behalten, die für die Dauer keinen Gewinn versprach und einen solchen nicht versprechen konnte, hatte der Kläger mithin in der Tat kein Interesse; und das Brauereigeschäft bildete, wie das Urteil zutreffend ebenfalls angenommen hat, gerade den wesentlichen Teil des Kaufgegenstandes. — — —

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 8. Jan. 1916. L. u. Gen. (Bekl.) w. Schw. (OLG. Dresden). V. 314/15.

---

229. Erfordert das besondere Kündigungsrecht aus § 544 BGB. eine Fristsetzung?

Vgl. 60 Nr. 5 m. N.; 62 Nr. 37.

BGB. § 544.

Diese Frage ist vom OLG. Hamburg bejaht, vom Reichsgericht in einer anderen Sache verneint worden.

I. Die Klägerin hat vom Beklagten im September 1912 ein Haus in Billwärder für die Zeit vom 1. Nov. 1912 bis zum 31. Dez. 1917 fest gemietet. Zur Zeit des Mietens und der Gebrauchsüberlassung waren die Räume im Erdgeschoß feucht, was beiden Parteien damals unstreitig bekannt war. Die Klägerin behauptet, sie habe das Haus gemietet, damit es für ihre Arbeiter zu Wohnzwecken diene; es habe sich alsbald herausgestellt, daß die Benutzung der Räume im Erdgeschoß mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit

verbunden sei; von der Behörde sei ihr daher der Gebrauch dieser Räume zu Wohnzwecken verboten worden. Sie hat am 3. Jan. 1914 dem Beklagten eine Frist bis zum 1. März 1914 gesetzt, in welcher dieser die Räume in bewohnbaren Zustand zu setzen habe, widrigenfalls sie den Vertrag als aufgelöst betrachte. Beklagter ist der Aufforderung nicht nachgekommen, worauf Klägerin dem Beklagten am 4. März 1914 erklärt hat, sie betrachte das Mietverhältnis ab 1. März 1914 als aufgelöst. Das hat Beklagter nicht anerkennen wollen. Mit der gegenwärtigen Klage fordert die Klägerin, gestützt auf § 544 BGB. die Feststellung, daß der Mietvertrag hinsichtlich der Erdgeschoßräume mit dem 1. März 1914 sein Ende erreicht habe.

Die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist vom Beklagten nicht in Zweifel gezogen worden und erscheint in der Tat ohne weiteres als gegeben.

In der Sache selbst war zunächst zu prüfen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung des § 544 BGB. zur Zeit der Kündigung vom März 1914 vorhanden waren. Diese Frage war zu bejahen. Der Beklagte bestreitet nicht, daß es sich überhaupt um Wohnräume handelte oder doch um Räume, die zum Aufenthalt von Menschen bestimmt waren. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Br. kann es ferner nicht zweifelhaft sein, daß die Benutzung der Erdgeschoßräume mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden war und daß dieser durch Feuchtigkeit hervorgerufene Zustand ein nicht durch äußere Umstände leicht zu beseitigender Mangel ist, sondern einen nachhaltigen und nicht bloß vorübergehenden Übelstand darstellt. Darnach ist die Anwendung des § 544 BGB. an sich gegeben und die Klägerin war an sich berechtigt, die Miete hinsichtlich der in Betracht kommenden Räume ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. — — —

Soweit der Beklagte geltend machen will, daß das Kündigungsrecht des § 544 BGB. vertragmäßig ausgeschlossen worden sei, steht seiner Verteidigung der Umstand entgegen, daß diese Gesetzesvorschrift im öffentlichen Interesse gegeben ist und ausdrücklich bestimmt, daß die Kenntnis des Mieters von der gefahrbringenden Beschaffenheit beim Mieten oder ein Verzicht des Mieters auf die Geltendmachung der ihm aus jener Beschaffenheit zustehenden Rechte nicht schaden. Aber auch im übrigen konnte der Rechtsstandpunkt des Beklagten nicht für richtig erachtet werden.

Dabei ist davon auszugehen, daß der § 544 BGB. eine Sondervorschrift ist, die eine Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 542. 543. 539 BGB. darstellt. Der § 542 BGB. gewährt dem Mieter das Recht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, und zwar regelmäßig nach vorheriger Fristsetzung, wenn ihm der vertragmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Der § 543 BGB. erklärt in seinem Abs. 1 auf diesen Fall u. a. den § 539 BGB. für entsprechend anwendbar, und dieser wiederum gewährt die dort bezeichneten Rechte, an deren Stelle infolge der entsprechenden Anwendung das Kündi-

gungsrecht des § 542 BGB. tritt, u. a. dann nicht, wenn der Mieter den betreffenden Mangel bei der Mietung kannte. An diese Vorschriften ist erst bei der 2. Lesung des Bürgerl. Gesetzbuchs der jetzige § 544 BGB. angeschlossen worden. Nach dem Vorgange des gemeinen Rechts, das dem Mieter ein Rücktrittsrecht gab, wenn mit der Fortsetzung des Gebrauchs eine Gefahr für ihn verbunden war,

vgl. Windscheid, Pand.[7] 2, 467, Anm. 4 zu § 402; ferner v. Buchka BGB. und Gem. Recht[3] 3, 117 § 17,

bezweckte man durch die Neueinfügung der hier in Rede stehenden Vorschrift sozialpolitischen und gesundheitlichen Rücksichten Rechnung zu tragen und im öffentlichen Interesse eine Vorschrift zu schaffen, die es dem Mieter ermöglichen sollte, bei einer Beschaffenheit der Mieträume, die die Benutzung als mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden erscheinen läßt, den Mietvertrag zu lösen, selbst wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit beim Mieten kannte oder auf seine Rechte verzichtete.

Daraus ergibt sich zunächst ohne weiteres, daß der § 544 eine Vorschrift zwingenden Rechts ist, die, wie schon oben ausgeführt, durch Parteivereinbarung nicht abgeändert werden kann. Es ergibt sich aber ferner daraus, daß § 544 lediglich eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 543 darstellt. Daraus folgt weiter, daß durch die Anwendbarkeit des § 544 die übrigen Bestimmungen der §§ 542. 543 BGB. keineswegs ausgeschlossen sein sollten und nicht ausgeschlossen sind. Der § 544 betrifft nur einen in einigen Punkten abweichend geregelten Sonderfall, der eine Verallgemeinerung als Ausnahmebestimmung nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen nicht gestattet und daher jene allgemeinen Vorschriften im übrigen unberührt läßt. Demnach ist der § 544 BGB. so zu lesen, als wenn es an Stelle der Worte: „so kann der Mieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, auch wenn er ꝛc." hieße: „so steht dem Mieter das Kündigungsrecht des § 542 BGB. zu, auch wenn er ꝛc.". Alsdann ist ohne weiteres klar, daß der Mieter auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 544 regelmäßig die Pflicht hat, dem Vermieter zunächst die in § 542 vorgesehene Frist zur Abhülfe zu bestimmen, es sei denn, daß die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für ihn kein Interesse hat, was für die weitaus meisten Fälle des Anwendungsgebiets des § 544 BGB. ohne weiteres zutreffen wird;

so Mittelstein Miete[3] § 37 Nr. 3a S. 268; a. M. Komm. von RGRäten[2] 2, 532 Anm. 1 zu § 544.

Im vorliegenden Falle hat die Klägerin dem Beklagten, wie dieser nicht bestritten hat, eine derartige Frist gesetzt, deren Angemessenheit vom Beklagten nicht in Zweifel gezogen ist.

Aus den vorstehend entwickelten Ausführungen ergibt sich aber ferner ohne weiteres, daß der Mieter sich auf die Ausnahmevorschrift des § 544 trotz

des scheinbar entgegenstehenden Wortlauts und des zwingenden Charakters der Bestimmung dann nicht berufen kann, wenn er den gesundheitsgefährdenden Zustand selbst verschuldet hat. Denn daß solches Verschulden nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Kündigungsrecht des Mieters nach § 542 BGB. ausschließt, kann nicht zweifelhaft sein (Mittelstein § 36 Nr. 11 f, S. 262; Komm. von RGRäten Anm. 3 zu § 542 S. 531). Faßt man aber den § 544 als Ausnahmebestimmung von der Regel des § 543 Abs. 1 auf, so ergibt sich ohne weiteres und ungezwungen, daß die gleichen Grundsätze auf seinen Fall Anwendung finden müssen (Mittelstein § 37 Nr. 3b S. 268, wo in Anm. 14 die einschlägigen Besprechungen zusammengestellt sind). — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 31. Mai 1916. Zinkhütte w. P. Bf. V. 83/16. B.

II. — — — Das Ber.-Gericht hat ein Kündigungsrecht der Beklagten aus § 542 BGB. mangels einer Fristsetzung verneint, den § 544 aber für anwendbar erachtet. Es bejaht ohne Rechtsverstoß das Vorliegen der Voraussetzungen des außerordentlichen Kündigungsrechts des § 544. Seine Annahme, daß in der mangelhaften, das Leben und die Gesundheit der Bewohner gefährdenden Beschaffenheit der Kellertreppe und vor allem des Fußbodens der Küche, durch den die Beklagte einmal durchgebrochen ist, ein erheblich gesundheitsgefährlicher Zustand der Wohnung zu finden sei, der die Beklagten zur fristlosen Kündigung des ganzen Mietvertrags berechtigte, ist einwandfrei. — — —

Das außerordentliche Kündigungsrecht des § 544 setzt auch nicht voraus, daß der Mieter zuvor gemäß § 542 eine Frist zur Abhülfe gesetzt habe. Die ursprüngliche Fassung der von der 2. Kommission eingeschalteten Bestimmung des § 544, die die Worte „nach Maßgabe des § 529" (d. i. § 542 Ges.) enthielt, ist schon durch die Redaktionskommission abgeändert worden und nicht in das Gesetz übergegangen; auf sie kann man sich daher für die abweichende Meinung nicht berufen. Letztere findet in der Fassung des Gesetzes selbst keine Stütze und steht im Widerspruch mit dem Zweck der Vorschrift, den Mieter vor einer erheblichen Gesundheitsgefährdung zu schützen (Prot. 2, 230 ff.); denn der Mieter müßte sich darnach regelmäßig während des Laufes einer zur Beseitigung des Mangels laufenden Frist noch weiter der Gefährdung der Gesundheit aussetzen. Ist die gefahrbringende Beschaffenheit binnen einer verhältnismäßig kurzen Zeit zu beseitigen, so liegt eine erhebliche Gefährdung überhaupt nicht vor (RGEntsch. 51, 211; in SeuffA. 58 Nr. 73). — — —

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. Jan. 1916. B. w. Ehel. K. (OLG. Colmar). III. 329/15.

---

230. Der mit Recht gekündigte Mieter haftet für Mietausfälle;* Beweislast.**

*Vgl. 67 Nr. 54. — **Vgl. 61 Nr. 79 m. N.
BGB. §§ 554. 254.

Der Beklagte Th., der im Hause der Mitbeklagten L. in Berlin eine Schankwirtschaft betrieb, verkaufte Geschäft und Inventar an den Kläger. Dieser trat durch ein Abkommen vom März 1910 in den zwischen den Beklagten bestehenden, für die Zeit bis zum 31. März 1914 abgeschlossenen Mietvertrag ein, mußte aber schon im Juni 1910 wegen Nichtzahlung der Miete räumen. Die Beklagte L. behielt sein Inventar zurück und überließ es dem Th., der die Wirtschaft wieder übernahm und im Dezember 1910 Geschäft und Inventar dem Gastwirt H. verkaufte und übergab. Der Kläger verlangte nun von beiden Beklagten als Gesamtschuldnern für den Verlust des Inventars Schadenersatz in Höhe von 6500 ℳ. — Der Anspruch wurde dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, in der Richtung gegen die Beklagte L. aber schließlich auf Grund einer vorbehaltenen Aufrechnung mit Ansprüchen wegen Mietausfalls abgewiesen. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen; auf seine Revision wurde indes das Ber.-Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht geht davon aus, daß der infolge seiner Zahlungsäumnis zur Räumung gezwungene Kläger verpflichtet war, der Beklagten L. den Mietausfall zu ersetzen, den sie infolge der Räumung erlitt. — — — Diese Auffassung ist sachlich gerechtfertigt. Der Vermieter, der dem zahlungsäumigen Mieter ohne Einhaltung einer Frist kündigt, kann zwar nicht mehr den Mietzins als solchen verlangen (vgl. § 555 BGB.), wohl aber den Ersatz des Schadens beanspruchen, der ihm durch die auf die Schuld des Mieters zurückzuführende Beendigung des Mietverhältnisses entstanden ist, also auch den Ausfall an Mietzins für die vereinbarte Vertragsdauer (RGEntsch. 76, 367, in SeuffA. 67 Nr. 54). Nur eine Klarstellung und vertragmäßige Festlegung dieser Ersatzpflicht, nicht die Verabredung einer Vertragsstrafe bedeutet es daher in der Regel, wenn der Mieter für solche Fälle als für die Miete oder für den Ausfall bis zum Ende der Vertragszeit haftbar erklärt wird. In diesem Sinn ist es zu verstehen, wenn nach § 14 des Mietvertrages bei Nichterfüllung des Vertrages durch den Mieter und diejenigen Personen, für die er verantwortlich ist, der Vermieter die sofortige Räumung verlangen kann, der Mieter aber gleichwohl für die Miete während der ganzen Vertragsdauer haften soll. Das Gleiche gilt für die vom Ber.-Gericht nicht gewürdigte, gerade im vorliegenden Fall anwendbare Bestimmung in § 2 des Vertrages, wonach der Vermieter bei verabsäumter oder nicht vollständiger Bezahlung der Miete die sofortige Räumung verlangen kann, der Mieter aber für den Ausfall haftet, der dem Vermieter bis zum Ablauf der Vertragszeit durch Leerstehen oder durch ander-

weitige Vermietung oder Benutzung der Räume gegenüber den durch den Vertrag festgesetzten Einnahmen entsteht. Der Fall der Weitervermietung ist hier ausdrücklich vorgesehen, die Haftung des Klägers also auch für diesen Fall vorbehalten. Die Beklagte war aber nicht bloß berechtigt, die Räume anderweitig zu vermieten, sie mußte sogar im Hinblick auf § 254 BGB. auf eine solche Vermietung bedacht sein, um eine Einschränkung ihres Schadenersatzanspruchs zu verhüten. Daraus, daß die Beklagte, wenn auch ohne Zuziehung des Klägers die vermieteten Räume weiter vermietet hat, läßt sich daher eine Befreiung des Klägers von seiner Haftung für den Ausfall nicht ableiten. — — — Insoweit ist das Ber.-Urteil nicht zu beanstanden.

Rechtsirrig ist dagegen die bei der Prüfung der Höhe des Ausfalls vom Ber.-Gericht vertretene Auffassung, es sei Sache des Mieters, zu behaupten und zu beweisen, daß der Vermieter infolge anderweitiger Vermietung einen Ausfall nicht erlitten habe. Da es sich um einen Schadenersatzanspruch handelt, ist davon auszugehen, daß der Vermieter das Vorliegen des Schadens beweisen muß, dessen Ersatz er verlangt. Einen Schaden erleidet er aber nur unter der Voraussetzung, daß die Weitervermietung nicht zu seiner Befriedigung in der Höhe des ursprünglich vereinbarten Mietzinses führt. Daß die Beweislast des Vermieters auch im Sinn des vorliegenden Vertrages liegt, ergibt sich aus der Bestimmung des § 2, die eine Haftung des Mieters nur für den Ausfall vorsieht. Die abweichende Auffassung des Ber.-Gerichts beruht ersichtlich darauf, daß es diese Bestimmung übersehen und nur den § 14 berücksichtigt hat. Aber auch, wenn nur diese Bestimmung vorläge, wäre die Auffassung des Ber.-Gerichts nicht zu billigen. Solche strenge Haftungsbestimmungen, die ohne jede Rücksicht auf den Mieter formularmäßig von den Vermietern als dem wirtschaftlich stärkeren Teile den Verträgen eingefügt werden, müssen, wie der Senat schon in dem Urteil v. 28. Febr. 1911 (JW. 400[7]) ausgesprochen hat, in einer die Interessen des Mieters möglichst schonenden Weise ausgelegt werden. Mangels einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung kann daher nicht angenommen werden, daß, wenn § 14 nur von einer Haftung für die Miete, nicht für den Mietausfall spricht, damit die Beweislast vom Vermieter auf den Mieter übertragen werden sollte, zumal naturgemäß dem Vermieter der Beweis des Ausfalls wesentlich leichter fällt als dem Mieter der des Gegenteils. Muß aber der Vermieter seinen Ausfall nachweisen, dann muß er auch, bevor er den bisherigen Mieter für Mietrückstände späterer Mieter haftbar macht, dartun, daß und in welcher Höhe er trotz seines Pfandrechts an den von den späteren Mietern eingebrachten Sachen (§ 559 BGB.) nicht in der Lage sei, sich für jene Rückstände Befriedigung zu verschaffen. Wenn auch die durch das Pfandrecht gegebene Sicherheit noch keine Befriedigung ist, so hat doch der Vermieter in den eingebrachten Sachen ein Mittel zu seiner Befriedigung in der Hand. Eine nach Treu und Glauben erfolgende Feststellung der beiderseitigen Pflichten muß deshalb dazu führen, daß der Vermieter den früheren

Mieter für den Ausfall erst dann in Anspruch nehmen darf, wenn er die Pfandgegenstände verwertet hat oder beweist, daß ihre Verwertung ausgeschlossen ist oder ihm nicht zugemutet werden kann. Der Hinweis des Ber.-Richters darauf, daß einer solchen Verwertung Schwierigkeiten, wie z. B. Eigentumsansprüche Dritter, entgegenstehen können, kann eine andre Auffassung nicht rechtfertigen. Es wäre Sache der Beklagten, darzulegen und nachzuweisen, daß solche Schwierigkeiten tatsächlich beständen. Die Zurückweisung des Einwandes des Klägers, daß die Beklagte im Besitze von wertvollen Inventarstücken späterer Mieter sei, aus denen sie volle Befriedigung erlangen könne, ist daher nicht gerechtfertigt. Das Ber.-Urteil muß danach schon deshalb aufgehoben werden, weil es auf einer Verkennung der Beweislast des Vermieters beruht. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 5. Mai 1916. Schm. (Kl.) w. L. u. Gen. (KG. Berlin). III. 57/16.

---

231. Der in Feindesland abgesperrte Handlungsgehülfe hat keinen Anspruch auf Gehalt.

BGB. § 616; HGB. § 63.

Der Ehemann der Klägerin war bei der Beklagten als Handlungsbevollmächtigter mit einem Gehalt von 6500 ℳ jährlich für die Zeit bis zum 30. Juni 1915 angestellt, und es war zwischen der Klägerin und den Inhabern der verklagten Firma vereinbart, daß der Klägerin monatlich 300 ℳ auf das Gehalt ihres Ehemannes so lange ausbezahlt werden sollten, als der Ehemann aus Hamburg abwesend und aus diesem Grunde nicht in der Lage sein werde, sein Gehalt selbst zu erheben. Der Ehemann der Klägerin befand sich zur Zeit des Kriegsausbruchs im Auftrage der Beklagten in Bombay und war dort Anfang August 1914 interniert worden. Der Anstellungsvertrag war von der Beklagten nicht gekündigt worden. Die Klägerin klagte auf Zahlung von 600 ℳ für Oktober und November 1914; Beklagte erhob Widerklage auf Feststellung, daß der Klägerin irgendwelche Ansprüche nicht mehr zuständen. — Die Klage wurde abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Die Entscheidung über die beiderseits erhobenen Ansprüche hängt von der Berechtigung des Ehemannes der Klägerin zum weiteren Bezuge seines Gehalts nach seiner Internierung in Indien ab, denn es handelt sich bei der von der Klägerin erhobenen Forderung um die Auskehrung eines Teils dieses Gehaltes an die Klägerin. Die Stellung des Mannes der Klägerin bei der Firma J. war die eines Handlungsgehülfen, mögen ihm auch in Veranlassung der ihm aufgetragenen Geschäfte weitgehende Vollmachten zur Ver-

tretung der Interessen der Firma erteilt sein. Ein Anspruch auf Gehalt steht, wie bei einem jeden Dienstvertrage, einem Handlungsgehülfen nur im Fall der Leistung der übernommenen Dienste zu, und es macht der § 63 HGB. hiervon nur insofern gegenüber dem § 616 BGB. eine Ausnahme, als er dem Handlungsgehülfen, sofern dieser durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert ist, noch einen Anspruch auf Gehalt für die Dauer von höchstens sechs Wochen der Verhinderung gewährt. Der Mann der Klägerin ist durch seine Internierung in einem Gefangenenlager in Indien an der Leistung der Dienste seit den ersten Tagen des Monats August 1914 verhindert gewesen. Ob diese Verhinderung als ein unverschuldetes Unglück anzusehen ist, ob der Mann ohne sein Verschulden durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Dienstleistung verhindert gewesen ist (§ 616 BGB.), kann für die Entscheidung dahingestellt bleiben, denn es sind der Klägerin unbestritten für die beiden ersten Monate der Internierung ihres Mannes die vereinbarten Bezüge ausgezahlt worden, und es ist damit, soweit der Klägerin ein Anspruch zusteht, der Bestimmung des § 63 HGB. entsprochen. Der Umstand aber, daß der Ehemann in Veranlassung seiner Dienstleistung, nämlich infolge seines vertraglichen Aufenthalts in Indien nach dem Kriegsausbruch interniert worden ist, steht der Abhängigkeit des Gehaltsbezugs von der Leistung der Dienste nicht entgegen. Hiernach steht der Klägerin ein weitergehender Anspruch an die Firma J. nicht zu und ist die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende und der Widerklage entsprechende Urteil als unbegründet zurückzuweisen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 9. Juni 1916. T. (Kl.) w. J. Bf. IV. 26/16. Nö.

---

232. Über die Sorgfaltsflicht des Gläubigers gegen den Bürgen (Ausfallsbürgen).

Vgl. 69 Nr. 6 m. N., Nr. 245; 70 Nr. 103.
BGB. § 776.

— — — Wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts schon wiederholt zum Ausdruck gekommen ist,

vgl. bes. RGEntsch. 65, 136; Warneyer 1907 Anh. Nr. 25; 1908 Nr. 370; 1915 Nr. 17; auch VI. 123/06,

hat das Bürgerl. Gesetzbuch in bewußtem Gegensatz zu andern Gesetzgebungen und zu der vorherrschenden gemeinrechtlichen Lehre eine Verpflichtung des Gläubigers, beim Vorgehen gegen den Hauptschuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen, grundsätzlich — von besonders gestalteten Rechtsbeziehungen der Beteiligten abgesehen — nicht angenommen; nur in den besonders bestimmten Fällen des § 776 tritt infolge Aufgebens gewisser Rechte seitens des Gläubigers eine Befreiung des Bürgen ein. An sich werden

für den Gläubiger durch den Bürgschaftsvertrag nur Rechte begründet; die Vertragsleistung des Bürgen besteht nach dem Sinn und Zweck des Vertrags darin, dem Gläubiger eine Sicherung eben dafür zu gewähren, daß seine Ansprüche an den Hauptschuldner befriedigt werden. Anderseits steht auch der Bürgschaftsvertrag unter dem allgemeinen Gebot, daß der eine Vertragsteil dem anderen Treu und Glauben zu wahren hat. So darf der Gläubiger weder willkürlich die Lage des Bürgen verschlechtern noch arglistig dessen Interessen beeinträchtigen (BGB. von RGRäten[2] Erl. 1 zu § 776). Es entspricht diesen allgemeinen Erwägungen wie auch dem Zweck und dem Grundgedanken der Vorschrift des § 776 BGB., wenn das Ber.-Gericht für den Fall der Ausfallsbürgschaft im besonderen davon ausgegangen ist, daß der Gläubiger bei Geltendmachung des ihm in der Beitreibung der Hypothek erwachsenen Ausfalls vom Bürgen nicht Beträge fordern kann, deren Verlust er selbst durch nachlässige Beitreibung verschuldet hat und bei angemessener Sorgfalt hätte vermeiden können. Unzweifelhaft gilt dies vor allem dann, wenn sich der Gläubiger insoweit der Verletzung einer besonders erteilten Zusage schuldig gemacht hat (VI. 346/05). Aber auch darüber hinaus ist anzuerkennen, daß, wenn der Gläubiger im Vertrauen auf die ihm durch die Ausfallsbürgschaft gebotene Sicherheit die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner nachlässig betreibt, hierin dem Bürgen gegenüber, der seine Haftung vertragmäßig auf den Ausfall beschränkt hat, nach Umständen sogar ein arglistiges, für den Regelfall aber wenigstens ein vertragwidriges Verhalten des Gläubigers gefunden werden kann. Ist der Fall, für den der Bürge Zahlung zugesagt hat, infolge solchen vertragwidrigen Verhaltens des Gläubigers eingetreten, so kann dieser Rechte hierauf nicht stützen (JW. 1905, 720; VI. 73/10); es würde auch gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte er sich in diesem Sinne darauf berufen, daß er die im Verkehr gebotene Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten nicht beobachte. — — —

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 22. Nov. 1915. VorschVer. B. (Kl.) w. B. u. Gen. (OLG. Karlsruhe). VI. 152/15. Auch in RGEntsch. 87 Nr. 75 S. 328.

---

233. Erlöschen der für Güte und Einbringlichkeit einer abgetretenen Hypothek übernommenen Haftung durch Nachlässigkeit des neuen Gläubigers.

Vgl. 69 Nr. 6 m. N.
BGB. §§ 776. 437. 398.

Der Beklagte trat 1899 eine für ihn auf dem Anwesen E 44 in A. eingetragene Hypothek zu 2500 M an F. „unter Haftung für Bestand, Güte und Einbringlichkeit" ab. Der Schuldner war bei der Beurkundung der Abtretung bei dem Notar mit anwesend und erklärte: „Ich nehme von der vorstehenden

Zession Kenntnis, bekenne die vorgenannte Summe nunmehr als Darlehn zu schulden und verpflichte mich, es von heute an mit 4% zu verzinsen und in halbjährigen Raten zu je 150 *M* vom 1. März 1900 an zurückzuzahlen". Die Halbjahresraten wurden einige Jahre eingehalten und hierdurch das Darlehn auf 1500 *M* vermindert. Nach dem Tode des Gläubigers F. trat dessen Witwe 1913 die Forderung an ihre Tochter unter Haftung für den Bestand, aber ohne weitere Gewähr ab. Der Schuldner zahlte bis März 1915 die Zinsen ordnungmäßig, an diesem Tage aber erklärte er, außer Stande zu sein, von jetzt an Zinsen oder Hauptsache zu zahlen. Die gegen ihn versuchte Zw.-Vollstreckung war ohne Erfolg. Der Kläger nahm deshalb den Beklagten auf Grund der 1899 übernommenen Haftung für Güte und Einbringlichkeit der Forderung auf Zahlung in Anspruch; in beiden Instanzen ohne Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Übernahme der Haftung für Güte und Einbringlichkeit der Forderung, zu der sich der Beklagte in der Urkunde v. 14. Aug. 1899 dem Zessionar F. gegenüber verstanden hat, stellt sich nach dem hier maßgebenden gemeinen Recht als ein Garantieversprechen dar, das sich seiner Natur nach von der Bürgschaft in wesentlichen Punkten unterscheidet. Ob und inwieweit die Grundsätze des Bürgschaftsvertrages auf die Übernahme einer Gewährleistung der hier fraglichen Art entsprechende Anwendung zu finden haben, kann dahingestellt bleiben. Bei richtiger Auslegung des von dem Beklagten gegebenen Garantieversprechens erweist sich ohne Heranziehung jener Grundsätze der Klaganspruch von selbst als unbegründet. In der Urkunde vom 14. Aug. 1899 hat Beklagter, wenn man nur den Wortlaut und die räumliche Anordnung ihres Inhalts ins Auge faßt, allerdings für Güte und Einbringlichkeit der Hypothek zu 2500 *M* schlechthin, ohne Einschränkung gehaftet. Sieht man von dem übrigen Inhalt der Urkunde ab, so hat er also dafür garantiert, daß die Hypothek an Haupt- und Nebensache keinen Ausfall erleide, wenn das Kapital nach Belieben des Zessionars zur Kündigung kommen werde. Zeitlich und räumlich folgt in der Urkunde der Abtretung die Vereinbarung zwischen F. und dem Schuldner nach, daß die 2500 *M* als Darlehn geschuldet und in halbjährlichen Teilbeträgen von 150 *M* abbezahlt werden sollen. Betrachtet man die beurkundeten Vorgänge vom Standpunkte des wirtschaftlichen Zusammenhangs aus, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die drei Parteien, die gemeinsam beim Notar erschienen waren, die von ihnen abzugebenden, naturgemäß vorher von ihnen in allen Einzelheiten besprochenen Erklärungen als korrespektive betrachteten, daß der Beklagte von der Bereitwilligkeit des Schuldners zu Teilzahlungen schon bei Beurkundung der Abtretungserklärung ausging und daß er nur mit Rücksicht auf das Versprechen von Teilzahlungen die dadurch wesentlich geminderte Haftung für Einbringlichkeit des Hypothekenkapitals übernahm, das, wie er ebenfalls wußte, in eine Darlehnsschuld umgewandelt werden sollte.

Der Wille des Zedenten und des Zessionars ging demgemäß dahin, daß die Haftung für Einbringlichkeit der Forderung nicht länger dauern solle als bis zu dem Zeitpunkt, in welchem bei pünktlicher Einhaltung der Teilzahlungen das Kapital getilgt gewesen wäre, d. i. bis zum Jahre 1908. Wenn F., ohne die Genehmigung des Garanten einzuholen, im Jahre 1904 auf Einhaltung der Abzahlungsfristen und auf die Abzahlung selbst aus irgendeinem Grunde verzichtete, so war jedenfalls vom Jahre 1908 an die Haftung des Beklagten erloschen. Er war also zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr verpflichtet, den Kläger für etwaigen Ausfall an der Hypothek schadlos zu halten.

War das Garantieversprechen des Beklagten schon zu der Zeit erloschen, als F. noch Gläubiger der Hypothek war, so kann ununtersucht bleiben, ob nicht die Gewährleistungsverpflichtung des Beklagten später dadurch ihre Rechtswirksamkeit verloren hat, daß die Erbin des F. die Hypothek dem Kläger „unter Haftung für den Bestand der Forderung, aber ohne weitere Gewähr" übertrug, daß also für sie der Fall der Schadloshaltung nur dann noch eintreten konnte, wenn sie die Hypothek wieder erwarb, was nicht geschah (vgl. OLGRspr. 9, 61 ff.; anderseits RGEntsch. 72, 138 ff.)."

Urteil des OLG. Augsburg v. 15. Juni 1916. L. 184/15. F.

---

234. Verletzung durch ein aus einem Tiergarten ausgebrochenes Stück Wild; haftet der Eigentümer des Gartens als Tierhalter?

BGB. §§ 833. 960.

Der Kläger behauptete, er sei am 28. Mai 1910 auf der an den Rehpark des Beklagten vorbeiführenden Straße von einem diesem Park entstammenden Rehbock angefallen und erheblich verletzt worden. Der Bock habe zunächst außerhalb des den Park umgebenden Gitters gestanden und gegen ein im Park stehendes Reh gestoßen. Er, Kläger, sei ruhig seines Weges gegangen; plötzlich sei der Bock ihm nachgekommen, habe ihn von hinten her gegen das Bein gestoßen und zu Boden geworfen. Dabei habe er die Verletzungen erlitten, infolge deren er erwerbsunfähig geworden sei. Bei dem Unfall sei auch sein Anzug, der einen Wert von 35 M gehabt habe, unbrauchbar geworden. Der Kläger verlangte vom Beklagten die Erstattung dieser 35 M und die Zahlung einer Jahresrente von 1500 M, ferner beantragte er festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm allen aus dem Unfall weiter entstehenden Schaden zu ersetzen. — Das Landgericht wies die Klage ab; das Oberlandesgericht erklärte den Klaganspruch, soweit er auf Ersatz des dem Kläger bereits entstandenen Schadens gerichtet war, dem Grunde nach für gerechtfertigt und entsprach auch dem Feststellungsbegehren des Klägers. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht führt aus: es sei erwiesen, daß der Rehbock, der den Kläger verletzt hat, zu dem Gehege des Beklagten gehört habe, aus dem er erst kurz vor dem Unfall ausgebrochen sei. Er sei als gezähmtes Tier i. S. des § 960 Abs. 3 BGB. anzusehen. Da der Bock, bevor er den Kläger angegriffen habe, an dem Parkgitter gestanden und gegen ein hinter dem Gitter stehendes Reh gestoßen habe, so habe er die Gewohnheit, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren, noch nicht abgelegt gehabt, er sei also noch nicht herrenlos geworden. Der Beklagte hafte deshalb als Tierhalter nach § 833 BGB. für den dem Kläger bereits entstandenen und weiter etwa noch entstehenden Schaden.

Diese Begründung gibt in verschiedenen Richtungen zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Es ist zunächst nicht richtig, wenn das Ber.-Gericht die Frage, ob der Beklagte Tierhalter i. S. des § 833 BGB. war, lediglich aus § 960 BGB. entscheidet, denn diese Vorschrift regelt nur die Eigentumsfrage, während diese für das Tierhalterverhältnis, das tatsächlicher Natur ist, der entscheidenden Bedeutung entbehrt (RGEntsch. 55, 164. 165; JW. 1911, 279[8]). Dieser Mangel würde allerdings nach Lage der Umstände nicht zur Aufhebung des Urteils führen. Denn wenn der Rehbock in der Tat ein „gezähmtes" Tier i. S. des § 960 Abs. 3 BGB. war und wenn einwandfrei festgestellt wäre, daß er zur Zeit des Unfalls die Gewohnheit, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren, noch nicht abgelegt hatte, so würde die Annahme, daß der Beklagte in jenem Zeitpunkt auch noch Tierhalter war, rechtlich nicht zu beanstanden sein. Da nach dem festgestellten Sachverhalt ein Dritter als Tierhalter nicht in Frage kommt, so würde der Beklagte damals noch die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Tier gehabt haben (vgl. Motive 3, 373 zu 2; RGSt. 48, 386). Allein jene Feststellung ist rechtlich nicht haltbar. Wilde Tiere sind grundsätzlich herrenlos (§ 960 Abs. 1 Satz 1). Nur dann steht ein wildes Tier im Besitz und Eigentum des Menschen, wenn seine natürliche Freiheit durch Gefangenschaft aufgehoben ist; dies ist nach dem Standpunkt des Gesetzes auch dann der Fall, wenn es in einem ‚Tiergarten' gehalten wird (§ 960 Abs. 1 Satz 2) oder wenn es, ohne durch eine äußere Anstalt in seiner Bewegungsfähigkeit beschränkt zu sein, so abgerichtet (gezähmt) worden ist, daß es an den ihm bestimmten Ort zurückkehrt (so Motive zu § 905 Entw. 3, 372 zu b). In erstem Fall wird also das Tier, wie es von Schriftstellern ausgedrückt ist, durch physische Mittel, im zweiten lediglich durch die Gewöhnung an eine bestimmte Örtlichkeit psychisch beherrscht. Das Ber.-Gericht hat diese beiden Fälle nicht auseinander gehalten. Es ist gewiß möglich, daß sich ein gezähmter Rehbock in einem Tiergarten befindet, aber daraus allein, daß der bis dahin im Rehpark des Beklagten gefangen gehaltene Bock sich zur Zeit des nach der Feststellung des Ber.-Gerichts kurz nach seiner Entweichung erfolgten Unfalls in der Nähe dieses Rehparks befand, kann nicht geschlossen werden, daß er vorher die Gewohnheit gehabt hatte, an den ihm bestimmten Ort, den er

früher garnicht verlassen hatte, zurückzukehren, also gezähmt war. War er aber kein gezähmtes Tier, so war, wenn man von dem vom Ber.-Gericht angewendeten § 960 BGB. ausgeht, die Frage, ob er herrenlos geworden war, nicht aus § 960 Abs. 3, sondern aus § 960 Abs. 2 zu entscheiden. Es kam also darauf an, ob der Beklagte das Tier unverzüglich nach der Entweichung verfolgt und diese Verfolgung bis zum Unfall fortgesetzt oder ob er sie damals schon aufgegeben hatte. Vom Standpunkt des § 960 BGB. aus wäre ferner zu prüfen gewesen, ob der Rehpark des Beklagten als ‚Tiergarten' i. S. dieser Vorschrift angesehen werden kann. Nicht jeder Wildpark ist ein Tiergarten in diesem Sinne (vgl. Prot. der 2. Komm. 3, 254). Es kommt vielmehr darauf an, ob der zur Festhaltung des eingehegten Wildes umschlossene Raum nach der Gesamtheit der zur Einschließung getroffenen Vorrichtungen geeignet ist, die Gefangenschaft des Wildbestandes zu begründen (RGSt. 42, 75).

Aus diesen Gründen unterliegt das Urteil der Aufhebung. Das Ber.-Gericht wird unter Berücksichtigung der erörterten Gesichtspunkte anderweit zu prüfen haben, ob der Beklagte zur Zeit des Unfalls ‚Tierhalter' i. S. des § 833 BGB. war. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 30. März 1916. K. (Bkl.) w. Z. (OLG. Düsseldorf). IV. 426/15.

---

235. Für die Ehescheidung wegen Geisteskrankheit sind die Voraussetzungen einer Entmündigung und der Geschäftsunfähigkeit unerheblich.

BGB. §§ 1569. 6[1]. 104[2].

— — — Unrichtig ist es, wenn die Revision die Erfordernisse einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit nach § 6 Nr. 1 BGB. auch als Erfordernisse der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit nach § 1569 gelten lassen will. Inwieweit der Geisteskranke durch seine Krankheit in der Besorgung seiner Angelegenheiten behindert wird, ist nur bei der Entmündigung von Bedeutung und führt je nach dem Grade dieser Beeinflussung seiner Geschäftsbefähigung zur Feststellung des einen oder des anderen Entmündigungsgrundes mit den sich aus dieser formellen richterlichen Feststellung ergebenden, voneinander verschiedenen materiellen Rechtsfolgen. Bei der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit kommt es dagegen ausschließlich darauf an, ob die geistige Erkrankung die von den Voraussetzungen der Entmündigung völlig verschiedenen, ausschließlich das Eheleben betreffenden Folgen gehabt hat, sodaß in dem nämlichen Falle die Voraussetzungen der Entmündigung unerfüllt, die der Scheidung dagegen erfüllt sein können. Es fällt deshalb im gegebenen Fall auch nicht entscheidend ins Gewicht, daß das gegen die Beklagte eingeleitete Entmündigungsverfahren mit einer Ablehnung der Entmündigung geendet hat.

Ebensowenig wird die Feststellung der Geisteskrankheit dadurch in Frage gestellt, daß der Ber.-Richter die Beklagte für geschäftsfähig und darum auch für prozeßfähig hält. Auch in dieser Beziehung schließt, wie das Reichsgericht wiederholt angenommen hat, die trotz vorhandener Geisteskrankheit bestehen gebliebene Fähigkeit eines Ehegatten, seine Angelegenheiten zu besorgen, die Annahme nicht aus, daß gleichwohl die im § 1569 BGB. vorgesehenen Folgen der Geisteskrankheit eingetreten seien, die Scheidung wegen Geisteskrankheit daher mit Recht beantragt sei. Auf diesem Rechtsstandpunkt stehen insbesondere die Urteile des Senats IV. 608/04 v. 8. Mai 1905 und IV. 434/08 v. 1. April 1909.

Somit läßt sich die Feststellung des Ber.-Gerichts, daß die Geisteskrankheit der Beklagten während der Ehe ununterbrochen mehr als drei Jahre bestanden hat, rechtlich nicht beanstanden. — — —

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 7. Febr. 1916. Schw. w. Schw. (OLG. Darmstadt). IV. 297/15.

---

236. Bedeutung eines sog. Primafacie-Beweises bei einem Schiffzusammenstoß.

Vgl. 64 Nr. 157; 70 Nr. 151.
HGB. § 734.

Am 21. Febr. 1912 fuhr der dem Beklagten gehörige Dampfer „Tiger" mit einer Schute im Anhang durch den Reiherstieg. Hierbei brach infolge starken Gierens der Schute der Haken der Schleppkette, und die frei gewordene Schute rannte, nach rechts, auf den an der Werft der Klägerin stilliegenden, im Bau begriffenen klägerischen Dampfer Bahia Blanca, der auf diese Weise beschädigt wurde. Nach Ansicht des Beklagten war das starke Gieren der Schute verursacht worden durch unvorsichtiges Fahren andrer Dampfer; besonders soll der dem Nebenintervenienten P. gehörige Schleppdampfer „August Peters" den Schleppzug des Beklagten mit starker Fahrt und in großer Nähe überholt und hierdurch einen erheblichen Sog auf die Schute ausgeübt haben. Klägerin machte den Beklagten für den entstandenen Schaden verantwortlich, indem sie ihm oder der Schlepperbesatzung u. a. vorwarf, daß das Schleppgeschirr nicht in Ordnung, insbesondere der Haken zu schwach gewesen sei. Der Beklagte bestritt jedes Verschulden auf seiner Seite, er legte den gebrochenen Haken vor und führte aus, daß dieser keine erkennbaren Mängel gehabt habe und sein Bruch durch das schnelle Fahren des August Peters ausreichend erklärt werde. — In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen; das Ber.-Gericht erklärte den Klaganspruch für gerechtfertigt; das Reichsgericht hob jedoch das Ber.-Urteil auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„— — — Die Feststellung eines Verschuldens auf Seiten des Beklagten wegen eines Mangels des Schlepphakens ist nicht frei von Rechtsirrtum. Allerdings liegt ein Primafacie-Beweis gegen den Beklagten insofern vor, als das Anrennen des stilliegenden Dampfers Bahia Blanca durch den von seinem Dampfer Tiger geschleppten Kahn eine Ordnungswidrigkeit darstellt, die seine Entschuldigung erfordert. Der Primafacie-Beweis hat aber, wie in RGEntsch. 69, 432 und auch sonst mehrfach vom Reichsgericht dargelegt ist, nicht die Bedeutung einer gesetzlichen Vermutung des Verschuldens, welches nur durch einen vollen Gegenbeweis zu beseitigen wäre, sondern es genügt, daß Beklagter Umstände darlegt und glaubhaft macht, welche den gegen ihn vorliegenden Verdacht eines Verschuldens zu entkräften geeignet sind, so daß sich die Wahrscheinlichkeit eines Herganges ergibt, der ein Verschulden nicht bedingt, mag auch die Möglichkeit eines solchen nicht ausgeschlossen sein. Im Widerspruch mit dieser Rechtsauffassung legt das Ber.-Gericht dem Beklagten den denkbar strengsten Gegenbeweis auf, indem es ihn für sachfällig erklärt, wenn auch nur eine entfernte Möglichkeit seines Verschuldens bestehen bleibe. Der Beklagte hat glaubhaft dargelegt, daß der große Schlepper August Peters in ganz geringer Entfernung und mit großer Schnelligkeit seinen Schleppzug passiert und dadurch einen sehr starken Sog auf die Schute ausgeübt hat, welcher zunächst das Vorwärtstreiben der letzteren und dann beim Wiederzurückgehen einen starken Ruck auf die Schlepptrosse hervorrief. Der Sachverständige Schr. hält diesen starke Sog, der auf einem Verstoß auf seiten des August Peters beruht, für die Hauptursache des Bruches, in zweiter Linie führt er ihn auf die von vornherein bestehende Neigung der Schute zum Gieren zurück. Der Beklagte hat den Haken zur Untersuchung vorgelegt, und es ist bisher nicht festgestellt, daß er einen äußerlich erkennbaren Mangel hatte. Damit hat der Beklagte seiner Entschuldigungspflicht, soweit der Mangel des Hakens in Betracht kommt, voll genügt. Erfahrunggemäß können derartige Haken bei starker Beanspruchung brechen, ohne daß der Schleppunternehmer oder der Schlepperführer dafür verantwortlich zu machen ist. — — —

Hiernach erscheint der in dem Anrennen liegende Primafacie-Beweis durch den Bruch des Hakens, und der in letzterem etwa zu findende Verdacht einer mangelhaften Ausrüstung des Schleppers durch die glaubhaft dargelegten besonderen Umstände des Falles an sich ausgeräumt, und es kann ein Verschulden des Beklagten oder seines Schlepperpersonals bezüglich des Schleppgeschirrs nur angenommen werden, wenn ein bestimmter Mangel desselben und zugleich eine Nachlässigkeit festgestellt wird. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 1. Mai 1915. St. (Bkl.) w. R. Schiffsw. (OLG. Hamburg). I. 3/15.

II. Verfahren.

237. Wertfestsetzung als Feriensache.

Vgl. 53 Nr. 122.
GVG. § 204.

Der Wert des Streitgegenstandes war für die Ber.-Instanz auf 20—60 *M* festgesetzt worden. Die Beschwerde des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin verlangte Erhöhung auf 1000 *M*. Die Beschwerde wurde zugelassen. Aus den Gründen:

„Die Beschwerde ist als Feriensache zu behandeln. Im GerVerfGesetz ist allerdings nicht bestimmt, daß die Wertfestsetzung Feriensache sei. Nach § 204 GVG. in der Fassung der Novelle v. 1. Juni 1909 sind aber die Ferien ohne Einfluß auf das Kostenfestsetzungs-Verfahren. Die Streitwertfestsetzung bildet nun die Grundlage für das Kostenfestsetzungs-Verfahren; eine abschließende Entscheidung über die Höhe der der einen Partei von dem Gegner zu erstattenden Prozeßkosten kann nicht erfolgen, solange nicht die Höhe des Streitwerts endgültig bestimmt ist. Soll daher die Kostenfestsetzung in den Ferien möglich sein, so muß auch die Wertfestsetzung in den Ferien erfolgen können. Unerheblich ist dabei, daß die Klägerin im vorliegenden Fall die Kosten bis zum 1. November gestundet hat; dieser Umstand hindert sie nicht, sofort die Kosten festsetzen zu lassen und folgeweise darf er auch die Wertfestsetzung nicht verzögern. — — —"

Beschluß des OLG. zu Rostock (Feriensen.) v. 25. Juli 1916. H. w. Kl. 40 I. 16. K—n.

238. Zur gemeinschaftlichen Ausübung des Berufs verbundene Anwälte haften gesamtschuldnerisch nur auf dem Berufsgebiet.

Vgl. 70 Nr. 132.
RAO. § 28; BGB. 425.

Der Kläger forderte von den drei Beklagten, die früher in M. gemeinschaftlich den Anwaltsberuf ausübten, als Gesamtschuldnern Schadenersatz mit der Begründung, daß er im Jahre 1909 durch fahrlässig falsche Auskünfte des — soweit hier in Betracht kommend — Beklagten M. zur Gewährung von Darlehn an die Eheleute Gr. bestimmt worden sei, die über Mittel zur Rückzahlung nicht verfügten. — Das Oberlandesgericht hob auf die Berufung des Klägers das klagabweisende Urteil des Landgerichts auf und erklärte den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Revision des Beklagten M. wurde als unzulässig verworfen. Die andern beiden Beklagten verfolgten mit der Revision den Antrag, das angefochtene Urteil, soweit es sie betraf, aufzuheben und die Berufung des Klägers zurückzuweisen. Es wurde diesem Antrage gemäß erkannt. Aus den Gründen:

. „— — — Unbestrittenermaßen bot der Ingenieur Gr. dem Kläger, als er ihn um die Gewährung eines Darlehns von 8000 ℳ ersuchte, die Geschäftsanteile als Sicherheit an, mit denen er und seine Ehefrau an der Internat. Reklamegesellschaft m. b. H. in C. beteiligt waren. Wegen der Einholung von Auskünften über die Sicherheit verwies Gr. den Kläger an die Kanzlei der Beklagten, denen er für einen von ihm gegen die Reklamegesellschaft geführten, damals noch schwebenden Rechtsstreit Vollmacht erteilt hatte. Bei der Rücksprache, die auf diese Veranlassung hin der Kläger mit dem Beklagten M. nahm, erklärte er diesem, er mache das Geschäft mit den Gr.schen Eheleuten nur, wenn es ohne Risiko sei. Die Aufschlüsse, welche ihm hierauf M. gab, waren insofern unrichtig, als M. in bezug auf die Reklamegesellschaft versicherte, daß sie gut sei, und als er dem Kläger keine Mitteilung davon machte, daß Gr., abgesehen von der Beteiligung an diesem Unternehmen, vermögenslos sei. Das Ber.-Gericht nimmt nun an, daß durch die Inanspruchnahme und die Erteilung der Auskunft ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien begründet worden sei, auf Grund dessen die Beklagten für die schuldhaft falsche Raterteilung eines jeden von ihnen als Gesamtschuldner zu haften hätten, und zieht hieraus die Folgerung, daß die andern beiden Beklagten die von M. verschuldeten unrichtigen Angaben vertreten müßten. Diese Beurteilung des Sachverhalts wird der besonderen Lage des Falles nicht gerecht.

In dem Urteil RGEntsch. 85, 306 (in SeuffA. 70 Nr. 132) ist allerdings dargelegt worden, daß zwei Rechtsanwälte, die sich zur gemeinsamen Berufsausübung vereinigt haben, als Gesamtschuldner für den Schaden haftbar sind, der durch das Verschulden des einen von ihnen der Partei-erwachsen ist, die sie mit der Wahrnehmung ihrer Rechte betraut hat. Dieser Rechtsgrundsatz kommt jedoch dem Kläger nicht zustatten. Wie sich die gemeinschaftliche Betätigung der mehreren miteinander verbundenen Anwälte auf das Berufsgebiet beschränkt, so kann die in ihr zu erblickende Kundgebung an das Publikum nur dahin verstanden werden, daß sie sich zu gemeinschaftlichen Dienstleistungen innerhalb der Grenzen des Anwaltsberufs erbieten. Wenn und soweit daher einer der Anwälte eine Auskunft unter Überschreitung dieser Grenzen erteilt, greift zwar nach Befinden eine vertragliche Haftung des Auskunfterteilenden selbst, nicht aber auch der mit ihm verbundenen Anwälte Platz, die durch eine solche Betätigung ihres Berufsgenossen in Vertragsbeziehungen zu dem Auskunft Begehrenden überhaupt nicht treten. Die falschen Angaben M.s betrafen aber lediglich Verhältnisse, die dem wirtschaftlichen, nicht dem Rechtsgebiet angehören, deren Aufklärung auch nicht einmal durch die Beantwortung von Vorfragen rechtlicher Art bedingt war oder in einem sonstigen inneren Zusammenhange mit den Aufgaben eines rechtskundigen Beraters stand. Mit Unrecht weist der Kläger demgegenüber darauf hin, daß M. im Namen der beiden andern Beklagten dem Kläger gegenüber die Verpflichtung übernommen habe, kraft der ihnen von den Gr.schen Eheleuten zu erteilenden General-

vollmacht über deren Geschäftsanteile an dem C.er Unternehmen, soweit es die Sicherung der Darlehnsansprüche des Klägers erfordert, zu verfügen, also wirtschaftliche Interessen des Klägers wahrzunehmen. Selbst wenn M. zur Übernahme einer solchen Verpflichtung von den beiden andern Beklagten ermächtigt war oder diese die Eingehung der Verpflichtung nachmals genehmigt haben, schließt weder das eine noch das andre zugleich eine Einverständniserklärung der beiden Anwälte mit der Erteilung von Auskünften wirtschaftlicher Art durch M. in sich. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Mai 1916. v. P. u. Gen. (Bkl.) w. Th. (OLG. München). III. 47/16.

---

239. Streitwert bei der Klage auf Feststellung, daß ein mehrjähriger Pachtvertrag mit steigendem Pachtzins wirksam angefochten sei, auf Rückgabe der geleisteten Sicherheit und auf Herausgabe der eingebrachten Sachen.

ZPO. §§ 5. 6. 8; GKG. §§ 9. 9a.

Die Kläger haben den mit der Beklagten geschlossenen Pachtvertrag über ein Kurhaus, in welchem der Pachtzins für das 1. Jahr auf 8000 ℳ, für das 2. auf 10000 ℳ und für das 3. Jahr auf 12000 ℳ festgesetzt war, wegen Irrtums angefochten. Sie beantragten die Feststellung, daß das Pachtverhältnis nicht mehr bestehe und Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe der von ihnen geleisteten Sicherheit und Freigabe der eingebrachten Sachen.

Durch Beschluß des Landgerichts zu W. ist der Wert des Streitgegenstandes auf 30482 ℳ festgesetzt worden. Die Beschwerde der Kläger richtet sich dagegen, daß

1. der Wert des einjährigen Pachtzinses mit 10482 ℳ angenommen worden ist, welcher Betrag dem auf ein Jahr berechneten Durchschnittswert der ganzen noch laufenden Mietzeit entspricht, und daß
2. die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche auf Feststellung der Auflösung des Pachtverhältnisses, Herausgabe der geleisteten Sicherheit und Zustimmung zur Wegnahme der von den Pächtern eingebrachten Gegenstände als „mehrere" geltend gemachte Ansprüche mit 10482 ℳ + 10000 ℳ + 10000 ℳ = 30482 ℳ zusammengerechnet worden sind.

Die Beschwerdeführer wollen nur den für das laufende 1. Jahr vereinbarten Pachtzins von 8000 ℳ als Streitwert anerkennen und die Werte der Sicherheit und der eingebrachten Sachen außer Berechnung gelassen haben, weil es sich dabei lediglich um die Sicherstellung der geltend gemachten Forderung durch vertragliches und gesetzliches Pfandrecht handle.

Wegen des ersten Punktes ist die Beschwerde nicht begründet.

Nach § 9 GKG. sind für die Wertberechnung die Vorschriften der §§ 3 bis 9 ZPO. mit den dem § 9 GKG. nachstehenden Bestimmungen maßgebend.

Während in § 8 ZPO. bestimmt ist, daß bei dem Streit über das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses der Betrag des auf die gesamte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der 25 fache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Wertberechnung entscheidend ist, gilt hinsichtlich der Gebührenberechnung der § 9a GKG., wonach für einen längeren als einjährigen Zeitraum der Wert auf den Betrag des einjährigen Zinses zu berechnen ist. Diese letztere Bestimmung setzt also voraus, daß der Streit sich auf einen längeren als einjährigen Zeitraum erstreckt, und ordnet die Berechnung des „einjährigen" Zinses an und nicht die Berechnung des Mietzinses für das „laufende erste Jahr". Der Wortlaut des Gesetzes spricht daher schon gegen die Auslegung der Beschwerdeführer. Aber auch die Vergleichung mit den Bestimmungen in Abs. 2 und 3 des § 9a ergibt, daß der Gesetzgeber in allen Fällen des § 9a davon ausgegangen ist, daß bei künftigen Bezügen von wechselnder Größe der Jahresbetrag nach einem Durchschnittsmaßstabe festzustellen ist (Rittmann GKG.[5] zu § 9a Bem. 5 Abs. 2).

Wegen des zweiten Punktes ist dagegen die Beschwerde begründet.

Die Parteien haben darüber gestritten, ob das Pachtverhältnis aufgelöst sei und daher keine Forderung mehr bestehe, für welche die Sicherheit und die eingebrachten Sachen hafteten, deren Herausgabe gefordert wird. Die Forderungen der Kläger auf Feststellung der erfolgten Auflösung des Vertrages, Herausgabe der Sicherheit und Zustimmung zur Wegnahme der Sachen betreffen wirtschaftlich denselben Gegenstand und sind daher nicht „mehrere" zusammenrechenbare Ansprüche i. S. des § 5 ZPO. Vielmehr kommt nach § 6 ZPO. nur der Betrag der Forderung **oder** der Wert der Sicherheit und des Eingebrachten (des Pfandes), wenn dieser geringer ist, in Betracht, nicht der Betrag der Forderung **und** der Wert des Pfandes;

RGEntsch. 31, 386; JW. 1894, 260[1]; 96, 270[2]; Gruchot 54, 168; Wach 1, 387 Anm. 67; Stein ZPO.[11] zu § 6 Bem. II, 3 und zu § 5 Bem. I Abs. 3.

Hiernach war unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses der Wert des Streitgegenstandes auf 10482 ℳ festzusetzen, im übrigen aber die Beschwerde zurückzuweisen.

Beschluß des OLG. zu **Frankfurt** a. M. (3. Sen.) v. 18. Mai 1916. K. w. S. 3 W. 45/16. Cr.

---

240. Gerichtsstand des Vermögens im Fall eines Kostenanspruchs* und einer Arrestsicherheit.**

*Vgl. 59 Nr. 93 m. N.; auch 70 Nr. 145 S. 265. — **Vgl. 50 Nr. 226; auch 51 Nr. 245 m. N.; 52 Nr. 280.

ZPO. §§ 23. 91. 923.

Das Landgericht hat aus einem doppelten Grunde angenommen, daß sich hier (in Hamburg) Vermögen des Beklagten befinde und das Gericht daher nach § 23 ZPO. zuständig sei, einmal, weil der Beklagte im Vorprozeß der

Parteien ein obsiegliches Teilurteil gegen den Kläger erwirkt und damit, wenn darin auch nicht über die Kosten entschieden sei, einen Kostenerstattungsanspruch gegen den Kläger erlangt habe, sodann, weil zur Aufhebung eines vom Kläger gegen den Beklagten erwirkten Arrestes von diesem hier ein Betrag von 85 M hinterlegt sei, der vereinbartermaßen an Stelle der beschlagnahmten Ware treten sollte. In beiden Punkten ist dem Landgericht zuzustimmen.

Wann der obsiegenden Partei auf Grund der Vorschrift des Gesetzes über die Kostentragung (ZPO. § 91) ein gegenwärtiges positives Recht auf Kostenerstattung gegen die unterliegende Partei derart entstehe, daß es als ein Vermögensgegenstand i. S. des § 23 ZPO., und nicht etwa bloß als eine Aussicht oder Anwartschaft, anzusehen sei, erscheint zweifelhaft und ist streitig (vgl. Gaupp-Stein Vorbem. II⁴ vor § 91 ZPO.). Ohne weiteres darf angenommen werden, wie in dem vom Beklagten angeführten Urteile dieses Gerichts (OLGRspr. 6, 374a) erörtert ist, daß mit der Erhebung einer Klage vor Erlassung eines Urteils nur die Möglichkeit eines Anspruchs auf Kostenerstattung gegeben ist. Fraglich dagegen erscheint es, ob, wie dasselbe Urteil, ferner der Beschluß desselben Gerichts in HansGZ. 1902 Beibl. 228 und mehrere Urteile des Reichsgerichts (bei Gaupp-Stein a. a. O. Anm. 32. 33) verlangen, schon ein in Kostenerstattung verurteilendes, und wie einige meinen sogar vorläufig vollstreckbares Erkenntnis vorliegen müsse, um das gedachte Vermögensrecht zu begründen. Das Landgericht nimmt das nicht an, sondern hält schon das in der Hauptsache ohne Kostenentscheidung ergangene und rechtskräftig gewordene Teilurteil für ausreichend, um ein Recht auf Kostenerstattung als Vermögensobjekt zu schaffen. Für diese Auffassung spricht, daß jetzt schon alle gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, welche das Gericht nötigen, die aus formellen rechnerischen Gründen hinausgeschobene Kostenentscheidung zu erlassen und dem Kläger einen seinem rechtskräftigen Unterliegen mit etwa $^{19}/_{20}$ des Streitwerts wenigstens einigermaßen entsprechenden Kostenteil aufzuerlegen. Es ist ein tatsächliches Recht des Beklagten, als gegenwärtiger Vermögensgegenstand, zur Entstehung gelangt, dem das Gericht bei der ev. zu beantragenden Kostenentscheidung gerecht werden muß. Die unumstößliche Grundlage für die klägerische Kostenerstattungspflicht und den ihr entsprechenden Kostenerstattungsanspruch des Beklagten liegt in dem rechtskräftigen Teilurteil vor. Der formelle Ausspruch über die von dem abgewiesenen Kläger unter allen Umständen zu erstattenden Kosten erscheint im Hinblick auf § 91 ZPO. als eine Anerkennung dieses Rechts, aber begrifflich nicht zur Begründung des Rechts erforderlich. Das Gericht ist keineswegs mehr in der Lage, sich diesem Ausspruch zu entziehen. Es steht nicht etwa in seinem Ermessen. Auch nicht etwa nach § 92 Abs. 2 ZPO., selbst wenn man einen beiderseitigen Obsieg annehmen wollte, da ein Fall der dort dem Gericht gegebenen Befugnis, der einen Partei, hier dem Beklagten, die gesamten Prozeßkosten aufzuerlegen, ausgeschlossen ist. Auch die Vorschrift, daß dem Gegner nur zur zweckentsprechen-

den Rechtsverteidigung notwendig aufgewendete Kosten zu ersetzen sind, stellt nur die Höhe dieser Kosten, nicht das Recht an sich ins Ermessen des Gerichts. Daß in jedem Anwaltsprozesse notwendige Kosten für den Gegner entstehen, versteht sich von selbst. Daß dem Beklagten also auf Grund des zu seinen Gunsten erlassenen Teilurteils nach § 91 ZPO. ein Recht auf Kostenersatz gegen den Kläger zustand, läßt sich nicht verkennen.

Auch der andre vom Landgericht angeführte Grund, daß der vom Beklagten hier hinterlegte Betrag von 85 ℳ Vermögen desselben darstelle, welches den hiesigen Gerichtsstand begründe, ist durchschlagend. Sollte auch, wie jetzt näher angegeben wird, der Betrag seitens der Anwälte des Beklagten in ihrem Namen hinterlegt sein und deren Rechnungsverhältnis mit dem Beklagten keinen Anspruch an die ihnen eingesandte Hinterlegungssumme für ihn übrig lassen, so ändert das nichts an der gegenwärtigen Tatsache, daß sich hier Vermögen des Beklagten befindet. Nach der Absicht des Gesetzes und dem unbestrittenen Einverständnis der Parteien tritt die geleistete Sicherheit an die Stelle des Arrestgegenstandes und macht es keinen Unterschied, ob die Sicherheit vom Schuldner oder von einem Dritten geleistet ist, denn sie soll ein Befriedigungsmittel für die im Arrestverfahren verfolgte Verbindlichkeit bilden (RGEntsch. 34, 356, in SeuffA. 50 Nr. 226).

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 10. Febr. 1916. K. w. Sch. Bf. VI. 335/15. Nö.

---

241. Gerichtsstand für die Klage auf das Honorar für erteilten Unterricht.

§ 29 ZPO.; §§ 269. 270 BGB.

Der in München wohnende Kläger hatte im Auftrag der in A. lebenden Eheleute Sch. und ihrer Tochter der letzteren Gesangstunden erteilt; er klagte das dafür geschuldete noch rückständige Honorar beim Landgericht München I ein, weil das Stundengeld stets in München bezahlt worden und München beiderseitiger Erfüllungsort sei. — Das Landgericht wies die Klage wegen Unzuständigkeit ab; die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Aus den Gründen:

„Den gesetzlichen Erfüllungsort bestimmen §§ 269. 270 BGB.; behauptet der eine Vertragsteil einen vom gesetzlichen abweichenden Erfüllungsort, so trifft ihn hierfür die Beweislast. Im vorliegenden Rechtsstreit kommt für die Beklagten als gesetzlicher Erfüllungsort A. in Frage. Daß der Kläger verpflichtet war, die Stunden in München zu geben und anderseits die Beklagten das Honorar auf eigene Kosten und Gefahr an den Kläger zu übersenden hatten, ändert am gesetzlichen Erfüllungsort der Beklagten nichts. Daß die Streitteile, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, München als Erfüllungsort für die Beklagten vereinbart hätten, dafür liegt keinerlei Nachweis vor; es kann dies auch nicht aus der Natur des dem Streit zugrunde liegenden

Schuldverhältnisses oder aus andern Umständen geschlossen werden. Auch eine vom Kläger angeführte Verkehrsgewohnheit, daß Unterrichtsstunden da zu bezahlen seien, wo sie genommen werden, würde nur für den ohnehin gesetzlich geregelten Bestimmungsort für Zahlungen sprechen, der aber nicht dem Erfüllungsort gleichsteht. Es hat daher auch auf den in dieser Hinsicht angebotenen Sachverständigenbeweis nicht weiter anzukommen (§ 270 BGB.). Die Festsetzung eines einheitlichen Erfüllungsorts im Wege des Vertrages ist sohin nicht erwiesen (RGEntsch. 65, 332).

Das Landgericht hat demnach gemäß § 29 ZPO. und §§ 269. 270 BGB. mit Recht angenommen, daß die Einrede der mangelnden örtlichen Zuständigkeit begründet ist, und die Klage zutreffend abgewiesen, weshalb auch die Berufung zurückzuweisen war. — — —"

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 11. März 1916. Sch. w. Sch. L. 36/16. F—z.

---

242. Wird der in Unkenntnis von der Pfändung zahlende Drittschuldner von der Schuld frei?

Vgl. 61 Nr. 70; 63 Nr. 54.
ZPO. § 829 Abs. 3; BGB. §§ 407. 1275.

Wegen einer vollstreckbaren Forderung von 300 ℳ ließ der Kläger am 29. Sept. 1913 durch Gerichtsvollzieher Gr. seinen Schuldnern, den Eheleuten M., und deren Mieter K. die Benachrichtigung von der bevorstehenden Pfändung der Mietzinsforderung zustellen. Der Ger.-Vollzieher traf K., der verreist war, nicht an, wohl aber die Vermieterin Frau M.; er stellte aber die Benachrichtigung an K. nicht dieser, sondern durch Niederlegung bei der Post zu. Am 1. Oktober sandte K. ohne Kenntnis von dem Zahlungsverbot den Mietzins im Betrage von 60 ℳ an Frau M. ein. Am 15. Oktober erwirkte der Kläger einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß bezüglich der Mietzinsforderung, dessen Zustellung am 20. dess. Mon. erfolgte. Der Kläger erhob dann Klage auf Zahlung der 60 ℳ gegen K., wurde aber vom Amtsgericht und vom Landgericht abgewiesen, weil die Zustellung des Zahlungsverbots nicht den gesetzlichen Vorschriften entspreche. Jetzt beanspruchte er wegen dieser schuldhaften Amtspflichtverletzung des Ger.-Vollziehers vom Staat Ersatz seines Schadens. — Das Landgericht wies die Klage ab, soweit sie auf Ersatz der Kosten der Vorpfändung und der Pfändung gerichtet war, und verurteilte im übrigen den Beklagten nach dem Klagantrage. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen; das Reichsgericht hob jedoch auf und verwies zurück. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Parteien sind darüber einig, daß die Zustellung der Benachrichtigung von der bevorstehenden Pfändung v. 29. Sept. 1913 an den Drittschuldner K. unwirksam war, weil die Ersatzzustellung an die Vermieterin er-

folgen konnte und deshalb die Zustellung durch Niederlegung bei der Post nicht zulässig war (ZPO. § 182, § 181 Abs. 2). — — — Die Revision wendet sich auch nicht gegen die Annahme des Ber.-Gerichts, daß der Ger.-Vollzieher Gr. durch die Vornahme jener Zustellung eine ihm, dem Kläger, gegenüber obliegende Amtspflicht fahrlässig verletzt habe. Auch das ist zu billigen. — — —

Der Beklagte bestreitet aber, daß dem Kläger ein Schaden erwachsen sei, mit der Begründung: auch wenn die Zustellung ordnungmäßig durch Ersatzzustellung an die Vermieterin erfolgt wäre, würde der Drittschuldner K. am 1. Okt. 1913 in Unkenntnis der Zustellung den Mietzins an die Vermieter gezahlt und sich dadurch auch dem Kläger gegenüber befreit haben. Wäre das richtig, so würde in der Tat ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verschulden und dem Schaden zu verneinen sein, da dem Kläger der Vorteil, den er durch die Zustellung erlangen wollte, auch bei ordnungmäßiger Zustellung nicht zugefallen sein würde (vgl. das Urteil des erkennenden Senats v. 1. April 1913, III. 447/12, GruchotsBeitr. 57, 982). Das Ber.-Gericht hat aber diesen Einwand zurückgewiesen. Unter Bezugnahme auf die Ausführungen von Fabian in JW. 1914, 451 ff., die nach seiner Meinung durch die Gegenausführungen von Simon daselbst S. 721 ff. nicht entkräftet werden, verneint es die in der Rechtsprechung,

vgl. Urt. des OLG. Hamburg in OLGRspr. 11, 185 und in SeuffA. 61 Nr. 70, das die Ansicht des Ber.-Gerichts teilt, anderseits das eingehend begründete Urteil des OLG. Stuttgart in Rspr. 16, 303 und in SeuffA. 63 S. 79 Nr. 54,

und in der Rechtslehre sehr bestrittene Frage, ob der Drittschuldner, der in Unkenntnis der durch Ersatzzustellung erfolgten Pfändung die gepfändete Forderung an seinen Gläubiger zahlt, dadurch auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber befreit werde.

Diese Ansicht wird von dem Beklagten mit Recht bekämpft. Ihm ist zunächst darin beizupflichten, daß sie zu unbilligen Ergebnissen führt und daher nur dann der gegenteiligen Meinung vorzuziehen wäre, wenn sie sich aus den gesetzlichen Bestimmungen mit Notwendigkeit ergäbe. Nach ihr müßte ein Drittschuldner selbst dann nochmals an den Pfändungsgläubiger zahlen, wenn er unmittelbar nach der Ersatzzustellung des Pfändungsbeschlusses, zu einer Zeit, zu der er von dieser ohne jedes Verschulden aller in Betracht kommenden Personen noch keine Kenntnis erlangt hat, seinen Gläubiger befriedigt, z. B. wenn die Zustellung erfolgt, während er sich bereits von seiner Wohnung oder von seinem Geschäftszimmer entfernt hat, um den geschuldeten Geldbetrag seinem Gläubiger zu überbringen. Der Schuldner kann nie wissen, ob nicht eine Pfändung der Forderung im letzten Augenblick erfolgen wird; er dürfte daher, wenn er sichergehen wollte, nur in seiner Wohnung oder in seinen Geschäftsräumen, in denen die Zustellung gemäß §§ 180 ff. der ZPO. zu erfolgen hat, Zahlung leisten, während doch Geldschulden nach dem BGB. § 270 (vgl. Entsch. 78, 137) Bringschulden sind. Das Ergebnis, zu dem die Ansicht des

Ver.-Gerichts führt, erscheint daher unannehmbar. Demgegenüber kann man sich auch nicht auf das entgegenstehende Interesse des Vollstr.-Gläubigers berufen, denn dieses ist weniger schutzwürdig als das des an der Zw.-Vollstreckung selbst nicht beteiligten Drittschuldners, zumal jener auch, da er die Zw.-Vollstreckung betreibt, leichter in der Lage ist sich zu sichern als der Drittschuldner.

Die zu einem billigeren Ergebnisse führende Ansicht der Revision hat auch die gesetzlichen Vorschriften für sich. Daß das Pfändungspfandrecht, soweit sich nicht aus den Bestimmungen der Prozeßordnung ein andres ergibt, nach § 804 ZPO. unter den Pfandrechtsvorschriften des bürgerlichen Rechts steht, ist allgemein anerkannt;

vgl. die Motive zur ZPO., 424, zum BGB. 3, 797; RGEntsch. 57, 324; 60, 70; 61, Nr. 81 S. 333; JW. 1913, 101.

Für das Pfandrecht gilt nun aber nach § 1275 BGB. in Verbindung mit § 407 der Satz, daß der Pfandgläubiger einer Forderung eine Leistung, die der Schuldner nach der Pfandbestellung an seinen Gläubiger bewirkt hat, gegen sich gelten lassen muß, es sei denn, daß der Schuldner das Pfandrecht bei der Leistung kennt. Darnach ist die obige Streitfrage zu bejahen, sofern sich nicht aus andern Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuchs oder aus der Zivilprozeßordnung die Unanwendbarkeit des § 407 auf das Pfändungspfandrecht ergibt, und das ist zu verneinen. Aus der Zivilprozeßordnung könnte nur die Bestimmung des § 829 Abs. 3 in Betracht kommen, wonach mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner die Pfändung als bewirkt anzusehen ist; sie regelt aber nur die Entstehung des Pfändungspfandrechts und den Zeitpunkt, in dem dieses wirksam wird, ohne etwas über die hier in Betracht kommende Frage zu sagen, worin die Wirkungen bestehen; diese ist durch den bereits erwähnten § 804 ZPO. und die Vorschriften des bürgerlichen Rechts geregelt. Nun hat allerdings der 1. Zivilsenat des RG. in einem Urteil (Entsch. 22, 410, in SeuffA. 45 Nr. 59), bei dem es sich um die Frage der Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung eines Pfändungsbeschlusses an einen ausländischen Drittschuldner handelte, ausgesprochen: das Wesen der Zustellung, das grundsätzlich den Einwand des Nichtkennens ausschließe, würde beeinträchtigt werden, wenn man das Nichtkennen der erfolgten öffentlichen Zustellung seitens des Drittschuldners für beachtenswert erachten wollte. Und auch die 1. und die 2. BGB.-Kommission sind nach verschiedenen Stellen der Motive (1, 214; 2, 112) und der Protokolle (1, 393 in Verbindung mit 373; 2, 473 Anm. 2) der Ansicht gewesen, daß nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung die Zustellung, auch eine Ersatzzustellung, selbst und nicht die Kenntnis von dieser entscheidend sei. In der Zivilprozeßordnung ist aber keine Bestimmung enthalten, nach der die Zustellung die Kenntnisnahme von dem Inhalt des zugestellten Schriftstücks allgemein, auch für eine nach dem bürgerlichen Recht erforderliche Kenntnis, ersetzt. Mit den Vorschriften der Prozeßordnung steht demnach die Ansicht der Revision nicht im Widerspruch.

Ebensowenig stehen ihr sonstige Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuchs entgegen. Das Ber.-Gericht beruft sich in dieser Hinsicht im Anschluß an Fabian a. a. O. 453 auf die im § 1275 angezogene Bestimmung des § 1070 Abs. 2 und die entsprechende Vorschrift des § 2129 Abs. 2, aus denen der allgemeine oder doch im Bereich des § 1275 geltende Grundsatz herzuleiten sei, daß, wenn gerichtlich angeordnete Verfügungsbeschränkungen an Forderungen dem Verpflichteten zugestellt seien, dieser sich nicht mehr darauf berufen dürfe, daß er sie nicht gekannt habe. Der § 1275 stellt aber nur für den Fall, daß dem die Rechte des Verpfänders verletzenden Pfandgläubiger die Ausübung des Pfandrechts durch gerichtliche Anordnung entzogen und einem Verwalter übertragen wird (ebenso wie § 1070 Abs. 2 und § 2129 Abs. 2 für gerichtliche Anordnungen, die dem Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs oder dem Vorerben die Verwaltung des Nachlasses entziehen), die Zustellung einer Mitteilung von der Anordnung der Kenntnis von dieser für die Wirksamkeit der Übertragung gleich. Aus diesen für eigenartige Fälle getroffenen Sondervorschriften läßt sich keineswegs jener allgemeine Grundsatz, vielmehr eher die Ansicht herleiten, daß sich die Gleichstellung von Zustellung und Kenntnis nicht von selbst versteht und außerhalb dieser Sonderfälle nicht gilt. Dasselbe läßt sich von der Vorschrift des § 392 im Vergleich mit § 406 sagen, nach denen für die Zulässigkeit der Aufrechnung nach der Abtretung der Zeitpunkt der Kenntnis von dieser, dagegen für die Zulässigkeit der Aufrechnung nach der Beschlagnahme der Zeitpunkt der Beschlagnahme selbst entscheidet; aus der Unzulässigkeit einer Aufrechnung mit einer nach der Beschlagnahme, aber vor der Kenntniserlangung erworbenen Forderung ist die Wirkungslosigkeit einer in dieser Zwischenzeit erfolgten Leistung nicht zu folgern. Endlich ist auch aus § 132 BGB. nichts für die Ansicht des Ber.-Richters zu entnehmen; die Zustellung ersetzt danach nur das Zugehen einer Willenserklärung, nicht deren Kenntnis; daß die im § 407 geforderte Kenntnis des Schuldners von der Abtretung durch die Ersatzzustellung einer Benachrichtigung von dieser ersetzt werde, bestimmt der § 132 nicht.

Schließlich ist ein durchschlagendes Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 407 auf das Pfändungspfandrecht auch nicht aus der Regelung der Beweislast in dieser Bestimmung herzuleiten. Da die Zustellungsvorschriften bedeutende Gewähr dafür bieten, daß der, an welchen die Zustellung erfolgt, auch alsbald von ihr Kenntnis erlangt, wird der nach § 407 an sich dem Pfändungsgläubiger obliegende Beweis der Kenntnis des Drittschuldners von der Pfändung durch eine ordnungmäßige Zustellung meist als geführt angesehen werden können und der Drittschuldner darlegen müssen, daß er ausnahmsweise keine Kenntnis erhalten habe.

Das in dem Vorstehenden von der Pfändung Gesagte gilt gemäß § 845 Abs. 2 in Verbindung mit § 930 ZPO. ohne weiteres auch von der Ankündigung der Pfändung des § 845.

Ist demnach schon auf Grund der §§ 1275. 407 BGB. anzunehmen, daß der Drittschuldner, der in Unkenntnis der Pfändung oder Vorpfändung an seinen Gläubiger zahlt, dadurch auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber befreit wird, so bedarf es keines Eingehens auf die von dem Richter ebenfalls bekämpfte anderweitige Begründung dieses Satzes auf Grund der §§ 135 ff. BGB.

Das Berufungsurteil ist daher wegen Verletzung der §§ 1275. 407 aufzuheben und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Ber.-Gericht zurückzuverweisen, weil noch keine Feststellung darüber getroffen ist, ob wirklich auch bei ordnungmäßiger Zustellung der Drittschuldner den Mietzins in Unkenntnis der Vorpfändung gezahlt und die Vermieterin die Zahlung angenommen haben würde. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. Dez. 1915. Preuß. Staat (Bkl.) w. A. (KG. Berlin). III. 189/15.

---

243. Der Eintritt eines Schiedsrichters in den Kriegsdienst ist als Wegfall i. S. des § 1031 ZPO. anzusehen.

ZPO. § 1031.

Die Parteien hatten einen Schiedsvertrag geschlossen, der Antragsgegner hatte den Baudirektor S. zum Schiedsrichter bestellt. Eine Klage auf Zahlung von 11688 *M* war vom Antragsteller, wie er behauptet, bereits am 10. Juli 1914 beim Schiedsgericht eingereicht worden, das Gericht war aber überhaupt noch nicht zusammengetreten. Der Schiedsrichter S., der sich als Hauptmann der Reserve a. D. der Heeresverwaltung freiwillig zur Verfügung gestellt hatte, war nämlich nach der Mobilmachung zunächst Bahnhofskommandant in Harburg gewesen und dann dem Generalgouvernement in Brüssel zugeteilt. Der Antragsteller hatte zunächst den Antragsgegner aufgefordert (§ 1031 ZPO.), binnen einer Woche einen andern Schiedsrichter zu bestellen. Nach fruchtlosem Fristablauf beantragte er beim Landgericht die Ernennung eines Ersatzschiedsrichters, indem er auf die Bestimmungen der §§ 1031. 1032 ZPO. Bezug nahm. — Das Landgericht wies den Antrag zurück. Auf die Beschwerde des Antragstellers wurde dieser Beschluß aufgehoben aus folgenden Gründen:

„Da es sich nicht um die Ablehnung eines Schiedsrichters handelt, kann es dahingestellt bleiben, ob S. die Erfüllung seiner Amtspflichten als Schiedsrichter dadurch „ungebührlich verzögert" hat, daß er freiwillig in den Heeresdienst eingetreten ist (§ 1032 ZPO.). Es bedarf aber auch keines Eingehens darauf, ob in diesem Verhalten S.s eine Verweigerung der Amtsausübung (§ 1031 ZPO.) zu sehen sei. Der Schiedsrichter S. ist nämlich als „weggefallen" zu betrachten (§ 1031 ZPO.). Diejenige Partei, welche den Schiedsrichter ernannt hat, hat auf die Aufforderung des Gegners binnen einer Woche einen andern Schiedsrichter zu bestellen, wenn der

ernannte Schiedsrichter stirbt oder aus einem andern Grunde wegfällt oder die Übernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert (§ 1031 ZPO.). In allen diesen Fällen handelt es sich also um Gründe, die in der Person des zum Schiedsrichteramt Berufenen liegen und die Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens unmöglich machen. Was unter „Wegfall" i. S. dieser Vorschrift zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Es würde aber auf eine Vereitelung des vom Gesetz erstrebten Zwecks, die Durchführung des Verfahrens tunlichst zu fördern, hinauslaufen, wenn man unter Wegfall nur den dauernden Wegfall ansehen wollte. Allerdings bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß nicht jede, und insbesondere nicht jede nur vorübergehende Behinderung des Schiedsrichters einen Wegfall darstellt. Einem Wegfall für das schiedsgerichtliche Verfahren kommt es aber gleich, wenn der Schiedsrichter nach Art und Dauer seiner Behinderung nicht imstande ist, sein Schiedsrichteramt in angemessener Zeit auszuüben. Ein längeres Warten auf die Behebung dieses Hindernisses kann der am Fortgange des Verfahrens interessierten Partei nicht zugemutet werden.

Im vorliegenden Fall ist der Schiedsrichter S. seit der Mobilmachung im Dienste der Heeresverwaltung tätig, und das schiedsrichterliche Verfahren ist deshalb nach der unwidersprochenen Behauptung des Antragstellers überhaupt noch nicht vorwärts gekommen, obwohl die Klage bereits Anfang Juli 1914 eingereicht worden sein soll. Es muß aber damit gerechnet werden, daß der Schiedsrichter noch auf lange Zeit hinaus militärisch so in Anspruch genommen sein wird, daß von ihm ein Tätigwerden als Schiedsrichter nicht erwartet werden kann. Jedenfalls fehlt es an jedem Anhalt dafür, daß er in absehbarer Zeit aus seiner militärischen Stellung ausscheiden wird. Unter diesen Umständen liegt der Fall nicht anders als bei einem durch andauernde Erkrankung verhinderten Schiedsrichter, und für einen solchen Fall wird die Anwendbarkeit des § 1031 ZPO. allgemein bejaht (vgl. z. B. Stein ZPO. [11], Bem. I. 1 zu § 1031). — — —"

Beschluß des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 11. März 1915. R. w. Entw.-Verb. St.-L. W I. 25/15 Schlesw.-Holst. Anz. 1915, 190.

---

244. Der Bürge hat nicht neben dem Gläubiger Anspruch auf Befriedigung im Konkurse des Hauptschuldners.

Vgl. 69 Nr. 196 m. N.
KO. §§ 67. 68; BGB. § 774.

Das Landgericht folgt mit Recht den unwiderlegbaren Ausführungen der Verein. Zivilsenate des Reichsgerichts in RGEntsch. 14, 173 (SeuffA. 41

Nr. 323), wonach der Bürge, der den Gläubiger nach der Eröffnung des Konkurses zum Vermögen des Hauptschuldners teilweise befriedigt, am Konkurse dann nicht teilnehmen darf, wenn der Gläubiger wegen seiner Restforderung durch die Konk.-Dividende — wie im vorliegenden Fall — nicht voll befriedigt wird. Nicht zutreffend aber ist es, wenn das Landgericht aus den Zusicherungen, die der Gemeinschuldner Sch. vor Übernahme der bürgschaftweise vom Beklagten bestellten Hypothek diesem gegeben und die Sch. bei seinen Vernehmungen als Zeuge bekundet hat, den Schluß zieht, der Beklagte könne den Anspruch auf Befreiung von der Hypothek, weil er auf einem besonderen Versprechen des Gemeinschuldners beruhe, im Konkurse selbständig neben der Forderung der Gläubigerin geltend machen.

Der Auslegung, die die §§ 67. 68 KO. durch die Rechtsprechung und durch die Rechtslehre gefunden haben (vgl. Jaeger KO. 3/4 1, 714/715 § 67 Anm. 5; SächsA. 1907, 390) liegt der Gedanke zugrunde, daß die Konk.-Masse nicht zwei Gläubiger nebeneinander befriedigen dürfe, von denen der Hauptschuldner außerhalb des Konkurses nur entweder den einen oder den andern zu befriedigen hätte. Dieser Erfolg, der gerade vermieden werden soll, würde aber auch eintreten, wenn, wie im vorliegenden Fall, der mitverhaftete Bürge Beteiligung im Konkurse wegen seines selbständigen Anspruchs auf Schuldbefreiung beanspruchen könnte. Auch in einem solchen Falle handelt es sich wirtschaftlich nur um eine einmalige Schuldenlast. Der Gemeinschuldner schuldet nicht neben seiner Schuld an den Hauptgläubiger noch einen besonderen Geldbetrag an den Bürgen; vielmehr ist seine Verpflichtung zur Schuldbefreiung gegenüber dem Bürgen nur die Kehrseite seiner Schuld dem Hauptgläubiger gegenüber; mit der Erfüllung dieser wird auch jene erfüllt, die ihrem Wesen nach garnicht anders als durch Befriedigung des Hauptgläubigers erfüllt werden kann, mit dieser aber auch von selbst erlischt. Folgerichtig führt denn auch Jaeger a. a. O. aus, daß der Mitverpflichtete auch dann nicht im Konkurse des Hauptschuldners zuzulassen sei, wenn sein Anspruch gegen diesen auf einem besonderen Rechtsverhältnisse beruhe, da eben die Forderung des Hauptgläubigers und der Anspruch des Bürgen auch bei Selbständigkeit der Entstehungsgründe den Hauptschuldner nicht zweimal nebeneinander, sondern nur alternativ belasten.

Der Widerspruch des Klägers gegen die streitige Forderungsanmeldung des Beklagten war daher begründet und der Feststellungsklage, deren prozessuale Voraussetzungen gegeben sind, in Beachtung der gegen das klagabweisende Urteil eingelegten Berufung stattzugeben. — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 21. März 1916. K. w. R. 7 O. 132/15. —e—.

I. Bürgerliches Recht.

245. Zulässige Ermächtigung des Abtretenden, die Forderung in eigenem Namen, aber für Rechnung des neuen Gläubigers einzuklagen.

Bg. 66 Nr. 20 m. N.; auch 69 Nr. 258 m. N.
BGB. §§ 398. 675; ZPO. § 253[1].

Die klagende Firma F. & J. hatte für den Beklagten in den Jahren 1904 und 1905 Maurerarbeiten ausgeführt, wofür sie angeblich noch 4619,18 ℳ zu beanspruchen hatte. Der Klagantrag war zunächst auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung an die Klägerin selbst gerichtet, nachdem jedoch vom Beklagten geltend gemacht worden war, daß die Klageforderung schon vor Erhebung der Klage an die Firma L. Pf. in C. abgetreten sei, beantragte Klägerin, den Beklagten zur Zahlung an L. Pf. zu verurteilen. Der Beklagte bestritt die Klageforderung und behauptete außerdem, daß ihm gegen die Klägerin noch eine Forderung für gelieferte Zimmerarbeiten zustehe. Diese Forderung war im Konkurse, der inzwischen über das Vermögen der Klägerin eröffnet worden war, vom Verwalter bestritten worden; der Beklagte erhob deshalb, nachdem der Verwalter in den Prozeß eingetreten war, gegen diesen Widerklage mit dem Antrage, festzustellen, daß die von ihm angemeldete Forderung von 583,06 ℳ Hauptgeld und 52,13 ℳ Zinsen zu Recht bestehe. — Die Klage wurde in den beiden ersten Instanzen durch Teilurteil abgewiesen. Das Reichsgericht hob auf und verwies die Sache an das Ber.-Gericht zurück. Aus den Gründen:

„Unstreitig war die eingeklagte Forderung schon vor Erhebung der Klage von der Firma F. & J. an die Firma L. Pf. abgetreten. Der jetzt als Kläger auftretende Konk.-Verwalter hält sich aber zur Fortführung des Prozesses mit dem Antrage, daß die Zahlung nicht an die Konk.-Masse, sondern an die Firma L. Pf. erfolgen solle, für berechtigt. Nach dem Tatbestand 1. Instanz hatte er zur Rechtfertigung dieses Standpunktes geltend gemacht, bei der Abtretung v. 18. Februar 1909 sei mit der Firma Pf. vereinbart, daß die Zedentin zur Einziehung der Forderung berechtigt bleiben sollte, die eingezogenen Gelder aber demnächst an die Zessionarin abzuführen seien. In

der Ber.-Instanz hat der Konk.-Verwalter seine Klagebefugnis auf eine „Ermächtigung" von seiten der Zessionarin gestützt und behauptet, daß eine solche Ermächtigung nicht nur bei der Abtretung, sondern auch später wiederholt erteilt und bestätigt worden sei.

Der Ber.-Richter erachtet die Vereinbarung über die Einziehung der Forderung durch die Zedentin für nichtig. Er führt aus, Gläubigerrecht und Klagerecht könne nicht getrennt werden. Neben dem Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner könne das Recht eines Dritten, die Forderung in eigenem Namen einzuziehen, nicht bestehen. Das Recht der Einziehung in eigenem Namen sei ein Bestandteil des Forderungsrechts und eine Ablösung dieses Bestandteils sei unzulässig. Übrigens sei auch prozeßrechtlich die Möglichkeit nicht gegeben, Rechte einem andern zur Einklagung in eigenem Namen zu überlassen.

Die Revision widerspricht diesen Ausführungen. Sie rügt Verletzung des § 398 BGB. und wirft dem Ber.-Richter vor, daß er den Grundsatz der Vertragsfreiheit verkannt habe. Es bestehe weder materiellrechtlich noch prozessual ein Hindernis, daß jemand eine Forderung abtrete, gleichzeitig sich aber die Einziehung und Abführung der Gelder an den Zessionar vorbehalte. Keinesfalls könne die Rechtswirksamkeit einer nach der Übertragung liegenden Inkassozession, wie sie nach Ansicht der Revision vom Kläger behauptet worden sei, beanstandet werden.

Die rechtliche Auffassung des Ber.-Richters kann nicht gebilligt werden. Anzuerkennen ist nur, daß eine Verabredung, wonach das Recht der Einziehung in eigenem Namen auf den Zessionar überhaupt nicht übergehen, sondern dauernd und bedingunglos bei dem bisherigen Gläubiger verbleiben soll, mit dem Wesen der Abtretung (§§ 398 ff. BGB.) nicht vereinbar sein würde. Daß es sich hier um einen solchen Fall handelte, ist aber vom Ber.-Richter nicht festgestellt und auch nicht ohne weiteres anzunehmen. Näher liegt vielmehr die Möglichkeit, daß im Anschluß an die Abtretung oder auch später die Zessionarin aus freien Stücken oder auf Wunsch der bisherigen Gläubigerin dieser den Auftrag und die Ermächtigung erteilt hat, die Forderung in eigenem Namen, aber für Rechnung der Zessionarin einzuziehen. So viel steht jedenfalls schon jetzt fest, daß der einzuziehende Betrag nicht der Zedentin verbleiben sollte, sondern an die Zessionarin abgeführt werden mußte. Daraus ergibt sich aber, daß es sich bei der vereinbarten Einziehung im wesentlichen um eine Geschäftsbesorgung handelte, die dem Interesse des neuen Gläubigers diente, und gerade dieser Umstand hätte zur Prüfung der Frage Anlaß geben müssen, ob die Einziehung der abgetretenen Forderung durch die Zedentin in Wirklichkeit nicht sowohl ein Recht, als vielmehr eine Verpflichtung der Zedentin bilden sollte. Müßte die Frage aber in dem zuletztgedachten Sinne entschieden werden, so könnte offenbar keine Rede davon sein, daß die Willensmeinung der Vertragschließenden dahin gegangen wäre,

die Zedentin solle nach wie vor aus eigenem Recht zur Einziehung der Forderung befugt sein, sondern die Sache würde so liegen, daß an sich die Zessionarin zur Einziehung berechtigt gewesen wäre, und daß die Zedentin die Einziehungsbefugnis nur aus der Ermächtigung der Zessionarin herleitete, also deren Recht ausübte. Die Frage, ob es überhaupt möglich ist, daß jemand einen andern ermächtigt, ein Recht des ersteren in eigenem Namen geltend zu machen, ist mit der Revision zu bejahen. Durchgreifende Bedenken sind in dieser Beziehung weder dem materiellen Recht noch der Prozeßordnung zu entnehmen (vgl. RGEntsch. 73, 306, in SeuffA. 66 Nr. 20).

Da hiernach eine anderweitige Würdigung der getroffenen Vereinbarung erforderlich ist, muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 4. Febr. 1916. F. & J. Konk. (Kl.) w. G. (OLG. Cassel). VII. 368/15.

---

246. Gutgläubiger Erwerb einer urkundlichen Scheinforderung; darf der Schuldner mit Forderungen an den Scheingläubiger aufrechnen?

BGB. §§ 405. 406. 117.

Nach den in den Einlagebüchern 3688. 4011 und 4014 der Vereinsbank D. enthaltenen Eintragungen sollten im Jahre 1911 für den Mühlenbesitzer Paul W. 3000. 10 000 und nochmals 10 000 ℳ eingezahlt worden sein. Tatsächlich waren Einzahlungen nicht erfolgt und fanden auch nachträglich nicht statt. Auf Grund der in ihrem Besitze befindlichen drei Bücher meldete die Klägerin die darin beurkundeten Forderungen nebst Zinsen in dem am 4. Jan. 1912 eröffneten Konkurse der Vereinsbank als Konk.-Forderung an, indem sie geltend machte, daß die Forderung zu Nr. 3688 schon vor der Konk.-Eröffnung von W. an den Gastwirt Kn. und von diesem an sie, die beiden andern Forderungen zunächst ebenfalls vor der Konk.-Eröffnung von W. und nachher, im Oktober 1912, nochmals von seinem Konk.-Verwalter an sie abgetreten worden seien. Der verklagte Konk.-Verwalter der Vereinsbank bestritt, daß die Einlagebücher ordnungmäßig ausgestellt, die Forderungen rechtswirksam begründet und übertragen worden seien, und rechnete hülfweise mit Forderungen auf, die der Vereinsbank gegen W. und Kn. zustehen sollten. — Die 1. Instanz stellte der Klage entsprechend die streitigen Forderungen als Konk.-Forderungen fest. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen, ebenso seine Revision. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht geht davon aus, daß durch die Ausstellung der Einlagebücher Rechte für W. nicht begründet werden, die darin beurkundeten Forderungen vielmehr nur zum Schein bestehen sollten. Es lehnt die Behauptung des Beklagten, W. habe die Einlagen nachträglich machen sollen, als unglaubwürdig ab und erachtet als feststehend, daß die Ausstellung der

31*

Bücher gerade zu dem Zweck erfolgt war, um bei Dritten den Glauben zu erwecken, als ob ein Schuldverhältnis bereits bestehe, und dadurch diese Dritten zur Hergabe von Geld geneigt zu machen. Damit ist die Scheinnatur der beurkundeten Erklärungen gegeben (§ 117 BGB.).

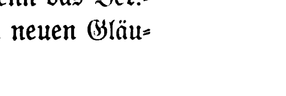
Das Ber.-Gericht nimmt aber mit Recht weiter an, daß der Beklagte nach § 405 BGB. der Klägerin den Einwand des Scheins nicht wirksam entgegenhalten könne. Die Einlagebücher sind ordnungmäßig ausgestellt. Da bei der Abtretung durch W. und Kn. die Einlagebücher im Besitze der Klägerin waren und auch nicht dargetan ist, daß die Klägerin damals den wahren Sachverhalt kannte oder kennen mußte, so ist ihre Rechtsstellung gegenüber der Vereinsbank nach § 405 BGB. zu beurteilen.

Bezüglich der Forderungen aus den Büchern Nr. 4011 und 4014 nimmt das Ber.-Gericht mit dem Beklagten an, daß es sich vor der Konk.-Eröffnung nur um eine Verpfändung gehandelt habe. Für die Begründung der angemeldeten Konk.-Forderungen kommt daher nur die erst nach der Eröffnung des Konkurses erfolgte Abtretung vom Oktober 1912 in Betracht, und es bedarf der Prüfung, ob dieser Erwerb die Klägerin zur Konk.-Gläubigerin machen konnte (§ 3 KO.). Mit der Erwägung des Ber.-Gerichts, daß die Forderungen schon vor der Konk.-Eröffnung bestanden, und nur die Person des Berechtigten wechselte, ist die Frage nicht erledigt. Denn die Begründung der Eigenschaft eines Konk.-Gläubigers für denjenigen, an den eine Forderung nach der Konk.-Eröffnung abgetreten wird, beruht darauf, daß die Forderung, die er erwirbt, zur Zeit der Konk.-Eröffnung, wenn auch in der Person eines Anderen, bereits begründet war. Eine Scheinforderung aber ist nichtig (§ 117 BGB.). Erst mit der Abtretung an den gutgläubigen Erwerber wird die Nichtforderung zur Forderung. Es wäre jedoch unbillig und mit der Sicherheit des redlichen Geschäftsverkehrs nicht verträglich, wenn derjenige, der auf Grund eines vom Gemeinschuldner vor der Konk.-Eröffnung ausgestellten und aus der Hand gegebenen Schuldscheins eine Forderung erwirbt, von der Teilnahme am Konk.-Verfahren ausgeschlossen sein sollte. Die Ausschließung würde auch dem Zweck des § 405 widersprechen. Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, der Scheinschuldner gebe mit dem Schuldschein ein Schriftstück aus der Hand, das an jeden Leser das Ansinnen stelle, seinen Inhalt als ernstlich gemeint anzusehen, der Aussteller müsse deshalb auch dafür einstehen, daß das Vertrauen des Erwerbers auf die beurkundete Erklärung nicht getäuscht werde (Prot. 1, 390). Der Erwerber nimmt darnach nicht etwa ein Vertragsangebot des Ausstellers an, sondern er soll allgemein so behandelt werden, wie wenn die Erklärung vom Schuldner ernstlich abgegeben worden, ein Schuldverhältnis also schon in dem aus der Urkunde ersichtlichen Zeitpunkte entstanden wäre. Soll § 405 seine Bedeutung nicht verlieren, so muß diese Rechtsstellung des gutgläubigen Erwerbers auch im Konkurse berücksichtigt werden. Die Forderung bestand zwar

noch nicht als der Konkurs eröffnet wurde, der gutgläubige Erwerber kann aber beanspruchen, so behandelt zu werden, als ob sie damals schon bestanden hätte. Das Interesse der übrigen Konk.-Gläubiger muß gegenüber der zum Schutze des redlichen Geschäftsverkehrs gebotenen Rücksicht auf den gutgläubigen Erwerber zurücktreten. Der Erwerber einer Scheinforderung befindet sich in einer ähnlichen Lage wie derjenige, der nach §§ 932ff. BGB. bewegliche Sachen von einem Nichteigentümer erwirbt. Die Bedeutung, die im letzteren Fall dem Besitze der Sache zukommt, hat hier die Vorlegung der Urkunde, und wie für den Erwerb nach §§ 932ff., unbeschadet der Vorschrift in § 7 KO., anzuerkennen ist, daß trotz § 15 KO. eine Minderung der Aktivmasse eintreten kann (vgl. Jaeger KO. § 15 Anm. 44), so kann gegenüber § 3 KO. die Vorschrift des § 405 BGB. zu einer Mehrung der Passiven führen, wenn, wie hier, der Gemeinschuldner die Schuldurkunde schon vor der Konk.-Eröffnung aus der Hand gegeben hat. Die Forderungen, die die Klägerin aus den Büchern Nr. 4011 und 4014 ableitet, müssen daher als Konk.-Forderungen behandelt werden.

Die Aufrechnung von Gegenforderungen, die der Vereinsbank gegen W. zustehen sollen, weil er die Einlagebücher der Beklagten vertragwidrig zu eigenem Nutzen verwendet habe, weist das Ber.-Gericht aus dem Grunde zurück, weil dieser Einwand die Geltendmachung von Umständen voraussetze, die nach § 405 BGB. dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht berücksichtigt werden sollen. Das ist insoweit gerechtfertigt, als es sich um die in den Besitz der Klägerin gelangten Bücher handelt. Nach § 405 darf die Vereinsbank der Klägerin nicht entgegenhalten, daß diese Bücher nur zum Schein ausgestellt worden sind, um Dritte zur Hergabe von Geld zu bestimmen. Es würde der Zulassung dieses Einwandes gleichkommen, wenn die Vereinsbank diese Tatsache gegenüber der Klägerin dazu benutzen dürfte, um daraus Ansprüche gegen W. abzuleiten und durch Aufrechnung mit diesen die Forderungen der Klägerin hinfällig zu machen. Die Zurückweisung des Einwandes der Aufrechnung bedeutet daher nicht, wie die Revision meint, eine Ausdehnung des § 405, sondern nur seine Anwendung auf den vorliegenden besonders gearteten Fall. Es würde auch gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn in einem Fall der vorliegenden Art der Scheinschuldner, nachdem die beabsichtigte Täuschung gelungen, die Ansprüche des gutgläubigen Erwerbers durch Berufung auf Gegenforderungen gegen den zur Täuschung mitwirkenden Scheingläubiger entkräften wollte. Diese letztere Erwägung führt aber auch zur Zurückweisung der Gegenforderungen, die der Vereinsbank gegen W. wegen Verwertung andrer Einlagebücher und aus ihrem Kontokurrentverkehr mit W. zustehen sollen. Der Revision ist zuzugeben, daß § 405 an sich die Aufrechnung mit Gegenforderungen des Scheinschuldners gegen den Scheingläubiger in den Grenzen des § 406 nicht ausschließt. Wenn das Ber.-Gericht das Gegenteil aus dem Wortlaut des § 406 („auch dem neuen Gläu-





biger gegenüber") ableitet, weil diese Bestimmungen nur dem Schuldner, der von einer Abtretung keine Kenntnis habe, Schutz gewähren, nicht aber ihm eine bessere Stellung verschaffen solle als er vor der Abtretung gehabt hatte, und von einer Aufrechnung der Vereinsbank schon gegenüber W. keine Rede sein könne, da er keine Forderung gegen die Vereinsbank gehabt habe, so übersieht es, daß § 406 nur den regelmäßigen Fall im Auge hat, daß die abgetretene Forderung in der Person des Abtretenden rechtswirksam begründet war. Der Grund, weshalb für eine Aufrechnung der Vereinsbank gegenüber W. kein Raum war, lag darin, daß diesem der Einwand des Scheins entgegengesetzt werden konnte. Fällt dieser Einwand nach § 405 BGB. gegenüber dem gutgläubigen Erwerber weg, so besteht kein Grund mehr, die Aufrechnung auszuschließen. Die an sich zulässige Aufrechnung ist nur deshalb zurückzuweisen, weil ihre Geltendmachung nach den Umständen des Falles gegen Treu und Glauben verstößt. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. Dez. 1915. Vereinsb. D. Konk. (Bkl.) w. Spar.-Ver. M. (OLG. Dresden). III. 244/15. Auch in RG-Entsch. 87 Nr. 97 S. 420.

---

247. Auslegung des Art. 4 Reichsges. v. 8. Juni 1915 zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen.

BGB. § 573; ZwVG. § 57; Reichsges. v. 8. Juni 1915.

Über das Grundstück J.-Straße 28 in Hamburg war am 13. Juli 1915 die Zw.-Verwaltung angeordnet worden. Der Beklagte war der Zwangsverwalter. Dem Kläger waren am 1. März 1915 die Mieten des Grundstücks abgetreten. Die Parteien stritten darüber, ob die Mieten für die Zeit vom 1. Oktober 1915 bis 1. Januar 1916 auf Grund einer Abtretung dem Kläger gebührten. Der Beklagte stand auf dem Standpunkt, daß nach dem am 20. Juni 1915 in Kraft getretenen Reichsgesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. Juni 1915 die Abtretung der Mieten über den 1. Oktober 1915 hinaus unwirksam sei. Der Kläger glaubte demgegenüber aus der Übergangsbestimmung des Art. 4 jenes Gesetzes entnehmen zu können, daß vorliegendenfalls noch das bisherige Recht maßgebend sei, wonach er bis zum 1. Januar 1916 auf die Mieten Anspruch machen könne. Er klagte auf Feststellung dieses Rechts. In der Ber.-Instanz wurde der Klage stattgegeben. Aus den Gründen:

„Wie die im Art. 4 Reichsges. v. 8. Juni 1915 enthaltene Übergangsbestimmung zu verstehen sei, ist zweifelhaft und streitig. Das Landgericht legt sie dahin aus, daß mit dem Ablauf des dem Inkrafttreten des Gesetzes folgenden Vierteljahres, also mit dem 30. September 1915, die Vorschriften des bisherigen Rechts ganz außer Kraft treten und von da an nur die neuen

Bestimmungen gelten sollten. Dem vermag das Ber.-Gericht nicht beizutreten. Daß der Wortlaut des Art. 4 mit der landgerichtlichen Auslegung vereinbar ist, mag zugegeben werden. Entscheidend aber spricht gegen eine derartige Auslegung, daß der Artikel dann überflüssig und zwecklos wäre. Das Ber.-Gericht schließt sich daher der, insbesondere von Stillschweig in JW. 1915 Nr. 12. 16. 21.; Hallbauer das. Nr. 18; Kretschmar in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1915 Nr. 14, und Mittelstein im Recht 1915 Nr. 15 vertretenen gegenteiligen Auffassung an. Der Art. 4 sagt nicht, daß die vorgesetzlichen Vorausverfügungen nur bis zum 30. Sept. 1915 wirken, sondern daß für die Frage, welche Wirkung sie haben, in der bis zum 30. Sept. 1915 dauernden Übergangszeit das alte Recht zugrunde zu legen ist. Das heißt m. a. W.: die Vorausverfügung soll in der Übergangszeit dieselbe Wirkung haben wie wenn das neue Recht noch nicht bestände (Hallbauer a. a. O.).

Darnach ist dem Klaganspruch zu entsprechen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) K. w. Pf. Bf. VI. 66/16. Nö.

---

248. Bedeutung einer auflösenden Bedingung beim Mäklervertrag.

(Vgl. 45 Nr 13.)

BGB. §§ 652. 158.

Die in den Schlußnoten v. 1., 4. und 8. März 1915 wiedergegebenen Geschäftsabschlüsse der Beklagten als Verkäuferin von amerikanischem Schmalz sind durch die Vermittlung der klagenden Maklerfirma zustande gekommen. Die Parteien streiten darüber, ob Klägerin nach dem Wortlaut der Abschlüsse in Verbindung mit den vorliegenden Tatsachen die auf 3166,57 ℳ berechnete Maklergebühr zu fordern berechtigt sei. Die Schlußnoten enthalten folgende Bestimmung: „Für diese Partie ist die Ausfuhrerlaubnis bereits erteilt. Sollte indessen wider Erwarten die Ausfuhr unmöglich sein, so ist dieser Abschluß aufgehoben". Die Beklagte hat also ausdrücklich eine Haftung dafür abgelehnt, daß es möglich sein werde, die Ware nach Deutschland auszuführen. Daß die Versendung der Ware nach Deutschland infolge eines schwedischen Ausfuhrverbots unmöglich geworden ist, ist unter den Parteien nicht streitig.

— — —

Nicht zu billigen ist die Annahme der Klägerin, daß die Abschlüsse überhaupt an keine Bedingung im Rechtssinne geknüpft gewesen seien. Fraglich kann vielmehr nur sein, ob eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung anzunehmen sei. Wenn die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit dem Eintritt der Bedingung eintreten soll, so liegt nach § 158 BGB. eine aufschiebende Bedingung vor, während eine auflösende Bedingung anzunehmen ist, wenn mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endigt. Daran, ob die Geschäftsabschlüsse, die ja zweifellos zustande gekommen sind, auch schon in Wirkung getreten waren, könnte gezweifelt werden. Bei Annahme einer aufschiebenden Bedingung, die in

diesem Falle nicht eingetreten wäre, hätte Klägerin nach der Vorschrift des § 652 BGB. einen Maklerlohn noch nicht verdient. Mit Rücksicht auf den Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmung soll indessen mit dem Landgericht und zugunsten der Klägerin davon ausgegangen werden, daß eine auflösende Bedingung vorliegt. Damit ist jedoch für die Klägerin noch nichts gewonnen. Aus der Fassung des § 652 BGB. kann nicht geschlossen werden, daß bei Festsetzung einer auflösenden Bedingung der Maklerlohn immer gefordert werden könne, gleichviel, ob die Bedingung eintritt oder nicht (vgl. Motive zum BGB. 2, 513); die herrschende Meinung geht vielmehr dahin, daß mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung der Anspruch auf Maklerlohn hinfällig werde;

vgl. Planck zu § 652; Staub HGB. Anm. 30 vor § 93; Staudinger zu § 652 BGB.; Ritter HGB. § 93 S. 143; dagegen Dernburg B.R. II 2, 486/487; HansGZ. Hptbl. 1915 Nr. 155; Komm. von RGRäten zu § 652 S. 609 unten.

Aber auch auf diese äußerst bestrittene Frage soll nicht näher eingegangen werden. Sie läßt sich wohl überhaupt nicht in der Weise entscheiden, daß eine für alle Fälle gleichbleibende und maßgebliche Regel aufgestellt werden könnte, weil es im wesentlichen auf die begleitenden Umstände und insbesondere darauf ankommt, wie die gerade streitenden Teile selbst über den Maklervertrag gedacht haben. Die Beklagte, Verkäuferin der Ware, ist ebenso wie die Käuferin davon ausgegangen, daß sich der Ausführung der Ware ein Hindernis nicht entgegenstellen werde. Es ist ganz ausgeschlossen, daß Beklagte den Maklerlohn auch für den Fall hätte bewilligen wollen, daß der Geschäftsabschluß wegen eines Ausfuhrverbots aufgehoben werden würde. Die klagende Maklerfirma, welche die Schlußnoten selbst verfaßt hat, kann sich nicht darauf berufen, daß ihr der Maklerlohn nach der Verabredung auch im Fall der Aufhebung des Abschlusses gezahlt werden sollte. Diesen Fall hat Klägerin offenbar garnicht in Erwägung gezogen. Unter diesen Umständen ist der landgerichtlichen Entscheidung darin beizupflichten, daß Klägerin nach der herrschenden Verkehrsanschauung den Maklerlohn nicht verdient hat.

Die Berufung war demnach zu verwerfen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 27. Juni 1916. H. (Kl.) w. G. & Co. Bf. III. 484/15. B.

---

249. Begründung der Rückforderung einer Zahlung auf einen anerkannten Anspruch aus unerlaubter Handlung.

BGB. §§ 812. 781.

Die erhobene Klage stützt sich auf ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 BGB.). Der Kläger hat Zahlungen an die Beklagte geleistet zur Tilgung eines ihr angeblich gegen ihn zustehenden Schadenersatzanspruchs; er fordert diese jetzt in Höhe von 6000 M zurück. Der Kläger gibt zu, daß er der Beklagten durch Entwenden von Fett, also durch unerlaubte Handlung, einen

Schaden zugefügt hat; er meint aber jetzt, der Schaden sei nicht so hoch gewesen wie die von ihm als Ersatz gezahlten Beträge.

Nach Entdeckung der Straftat hat der Kläger sich in einer Urkunde v. 16. Dez. 1913 schuldig bekannt, die Beklagte vom Jahre 1909 an um mindestens 25000 Pfund Fett im Wert von 13500 ℳ bestohlen zu haben. Er hat diesen Betrag am folgenden Tage bar an die Beklagte ausgezahlt, demnächst hat er noch weitere 1000 ℳ für entgangene Zinsen bezahlt. Die Rückforderung stützt er jetzt darauf, daß er die in der Urkunde v. 16. Dez. 1913 enthaltene Anerkenntniserklärung wegen widerrechtlicher Drohung und wesentlichen Irrtums anficht und daß er darzulegen versucht, die der Schadenberechnung v. 16. Dez. 1913 zugrunde liegenden Schätzungen seien unrichtig gewesen. Indes kann es dahingestellt bleiben, ob eine Anfechtung des Schuldanerkenntnisses durchgreifen könnte, denn der Kläger hat, als er die 14500 ℳ zahlte, nicht nur den Anspruch aus dem Anerkenntnis, sondern vor allem den Anspruch aus der unerlaubten Handlung tilgen wollen und getilgt.

Die Urkunde v. 16. Dez. 1913 enthält nur eine nähere vertragmäßige Festlegung des Mindestbetrags des vom Kläger der Beklagten zugefügten Schadens. Ausdrücklich hat sich die Beklagte in der Urkunde weitere Schadenersatzansprüche für den Fall vorbehalten, daß sie von ihrem Bestehen sich überzeugen würde. Es ist also durch die Urkunde nicht eine völlig neue Grundlage des Anspruchs in dem Sinne geschaffen, daß durch die Anerkenntniserklärung der Anspruch aus der unerlaubten Handlung aufgehoben oder befriedigt wäre, sondern durch das Schuldanerkenntnis wurde lediglich sichernd und konkurrierend ein weiterer in sich selbständiger Anspruch geschaffen, der neben den Anspruch aus der unerlaubten Handlung trat. Zahlte also der Kläger die anerkannte Schadenersatzsumme, so tilgte er zwei nebeneinander bestehende Ansprüche, die auf denselben Gegenstand gingen. Ungerechtfertigt bereichert durch diese Zahlung wurde die Beklagte nur dann, wenn einmal das Anerkenntnis unwirksam war und wenn weiter der Anspruch aus der unerlaubten Handlung nicht in der angenommenen Höhe bestand. Der Kläger, der das Fehlen einer wirksamen Verbindlichkeit als den Rechtsgrund seiner Bereicherungsklage nach § 812 BGB. zu beweisen hat (vgl. Komm. von RGRäten Anm. 11 zu § 812 BGB.), muß daher, um mit der Klage durchzudringen, nicht bloß das Anerkenntnis aus dem Wege räumen, sondern auch beweisen, daß der Anspruch aus der unerlaubten Handlung nicht in der den gezahlten Beträgen entsprechenden Höhe bestand. Fehlt es hieran, so hat der Gläubiger lediglich bekommen, was ihm zukam.

Diesen Beweis aber, daß der der Beklagten zugefügte Schaden geringer als 14500 ℳ gewesen sei, hat der Kläger nicht schlüssig angetreten, und er kann ihn, wie seine eigenen Erklärungen ergeben, nicht führen. — — —

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 29. Febr. 1916. Th. w. V. & E. U II. 231/14. M—n.

---

250. Schadenersatz wegen Körperverletzung, auch für eine Nervenstörung.

Vgl. 64 Nr. 7.

BGB. §§ 823. 843.

— — — Nach den einwandfreien Feststellungen des chirurgischen Sachverständigen Professors B. kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Schußverletzung des rechten Beins des Klägers von ziemlich leichter Art war, nur die oberflächlichen Weichteile in geringer Ausdehnung beschädigt hat, und daß die Wundheilung bald glatt und ohne Entzündungserscheinungen von statten ging, so daß schon seit geraumer Zeit (etwa Ende November 1912) als Dauerfolge der Unfallverletzung ein erheblicher anatomisch-pathologischer Befund nicht mehr vorliegt. Die unbedeutenden Spuren, welche von der Schußverletzung beim Kläger auch noch jetzt zurückgeblieben sind, müssen an und für sich als für seine Erwerbsfähigkeit völlig belanglos angesehen werden. Dagegen steht nicht minder fest, daß beim Kläger von der Verletzungsstelle aus bei Bewegungen des rechten Beins, besonders beim Gehen und Arbeiten (hauptsächlich Klopfen mit dem Schuhmacherhammer auf dem Oberschenkel), noch immer unangenehme Empfindungen unbedeutenderer Art ausgelöst werden. Auch diese Empfindungen konnten freilich seit der Heilung des verletzten Beines ihrer Natur nach an sich eine nennenswerte Einschränkung seiner Gebrauchsfähigkeit nicht mehr bedingen; trotzdem haben sie dazu geführt, daß der Kläger sich allmählich immer mehr von einem dadurch hervorgerufenen Gefühl der Schwäche und Unbeholfenheit des verletzten Beins beherrschen ließ und so schließlich zu der Überzeugung gelangte, nicht nur nicht mehr ohne Stock gehen, sondern namentlich auch keine Schuhmacherarbeiten mehr verrichten zu können, bei welchen das verletzte Bein wesentlich in Anspruch genommen werden muß. Trotz mancher offenbarer Übertreibungen hatten somit die erwähnten Beschwerden des Klägers immerhin doch auch einen tatsächlichen Grund, und sie haben in der Tat bis zur förmlichen Nervenerkrankung des Klägers mit der Folge einer ganz erheblichen Schwächung seiner Willenskraft geführt, die auch gegenwärtig noch nicht wieder vollständig behoben ist. Es wirft sich daher die Frage auf, ob diese Nervenstörung und folgeweise auch die über die Zeit des Wundheilungsverlaufs hinaus im wesentlichen dadurch allein hervorgerufene Erwerbsbeeinträchtigung des Klägers mit dem vom Beklagten zu vertretenden Schußunfall überhaupt noch in einen ursächlichen Zusammenhang im Rechtssinn gebracht werden kann. Der Gerichtshof trägt keine Bedenken, diese Frage zu bejahen.

Das Reichsgericht hat in seiner einschlägigen Rechtsprechung in ähnlichen Fällen (vgl. insbes. RGEntsch. 75, 19; JW. 1908, 526[11] und Warneyers Rspr. 1914 Nr. 51 und 104) einen derartigen Zusammenhang mit Recht schon überall da als gegeben angenommen, wo die vom Schadenersatzpflichtigen verschuldete Körperverletzung objektiv auch nur ein Glied in der Ge-

samtheit der verursachenden Momente für die später eingetretene Nervenerkrankung geworden ist. Nach dem N.schen Gutachten muß aber die im wesentlichen in einer seelischen Hemmung der auf seine Arbeitstätigkeit gerichteten Willenskraft bestehende Nervenkrankheit des Klägers nach dem nervenärztlichen Erfahrungswissen in der Tat als eine derartige tatsächliche Folgeerscheinung der Schußverletzung angesehen werden. Denn gerade die nach der Heilung der äußeren Beinverletzung beim Kläger infolge des übrig gebliebenen Muskeldefekts in Wirklichkeit immer noch vorhandenen unangenehmen Empfindungen im verletzten Bein waren es, welche bei ihm auf der Grundlage einer an sich schon gegebenen neurasthenischen Veranlagung zunächst das Gefühl bleibender Schwäche und Unbeholfenheit hervorriefen und so bei der dadurch bereits verursachten Erschütterung des seelischen Gleichgewichts zu der allerdings selbsteingegebenen Überzeugung führten, eine erhebliche dauernde Behinderung in der Betätigung seiner, namentlich starkes Klopfen mit dem Hammer auf dem rechten Oberschenkel erheischenden Schusterarbeit erlitten zu haben. Und diese schließlich zur Zwangsvorstellung ausgeartete hysterische Einbildung beherrschte seither jedenfalls ganz geraume Zeit hindurch das Seelenleben des Klägers in derart hohem Maß, daß ihm infolge der dadurch bewirkten Schwächung seiner Willenskraft in der Tat die Rückkehr zur früheren Berufsarbeit unmöglich gemacht wurde. Es handelt sich daher hier um einen wesentlich ganz anders gearteten Sachverhalt, als er der in Warneyers Rspr. 1914 Nr. 51 veröffentlichten Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde lag, bei welchem der zwischen einer sog. „überwertigen" Idee der Gesundheitsstörung des Verletzten und seinem Unfall bestehende Zusammenhang bloß ein rein äußerlicher und zufälliger war, der lediglich an das Erleben des Unfalls als solches, dagegen nicht wie im vorliegenden Fall an eine durch den Unfall bewirkte, in schmerzhaften Empfindungen fortdauernde Gesundheitsstörung anknüpfte, die dort schon ohne alle tatsächlichen Folgen abgelaufen war, als der Nervenkrankheitsprozeß erst einzusetzen begann.

Dieser auch heute noch nicht ganz überwundene krankhafte Zustand des Klägers brachte es ohne weiteres mit sich, daß er auch nach seiner Entlassung aus der ärztlichen Behandlung wegen der inzwischen aufgetretenen seelischen Unmöglichkeit, wie früher als Schuhmacher zu arbeiten, solange diese andauerte, tatsächlich so gut wie keinerlei Verdienst aus der Verwertung seiner Arbeitskraft zu erzielen vermochte. — — — Um die Zeit vom 9. Januar 1913 trat dagegen unverkennbar insofern eine Besserung ein, als er sich wenigstens dazu zu entschließen vermochte, sich durch die Armenbehörde ein sog. Arbeitsgestell beschaffen zu lassen und den Versuch zu machen, mit dessen Hülfe wieder Reparaturarbeiten auszuführen. Indessen auch damit vermochte er seinen früheren Arbeitsverdienst noch lange nicht mehr zu erreichen; es erscheint vielmehr glaubhaft, daß er auch noch später eine ganz erhebliche Erwerbseinbuße fortgesetzt weiter erlitten und daß diese, wie er bei der Schluß-

verhandlung geltend machte, bis jetzt immerhin noch etwa rund 1000 ℳ jährlich betragen hat. — — — Der Gerichtshof war jedoch trotzdem nicht in der Lage, dem Kläger diesen Schadensbetrag in vollem Umfang zuzusprechen, da nach den in dieser Instanz erhobenen Gutachten nicht zu bezweifeln ist, daß der Kläger sehr wohl imstande gewesen wäre, diese Erwerbseinbuße durch größeren Arbeitseifer wenigstens teilweise erheblich zu verringern (vgl. RG-Entsch. 75, 22/23). Seine seelische Willenshemmung hat nach und nach erheblich nachgelassen — — —. Der Gerichtshof ist der Überzeugung, daß vom Kläger, wenn er die im Verkehr zur Abwendung von Schaden von sich selbst erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB.) in dem Maß, in welchem es ihm nach dem Stand seines Nervenleidens sehr wohl möglich war, wirklich aufgewendet hätte, seither in der Tat auch ein noch größerer Arbeitsverdienst erreicht worden wäre. — — — Bei Betätigung des erforderlichen Arbeitseifers, namentlich durch Annahme von Ausbesserungen für andre Schuhmacher als sog. Heimarbeit, hätte er den ihm in der Zeit vom 9. Januar 1913 bis 27. Oktober 1915 in Höhe von rund 2550 ℳ tatsächlich erwachsenen Erwerbsausfall sehr wohl um etwa ein Drittel verringern können. — Jetzt ist dagegen nach dem N.schen Gutachten der Nervenzustand des Klägers bereits wieder derart beträchtlich gehoben, daß die beim Arbeiten noch auftretenden Mißempfindungen bei einigermaßen gutem Willen unschwer ganz überwunden werden könnten, und nach voraussichtlich ziemlich kurzer Zeit bei der Arbeit überhaupt vollständig verschwunden sein werden. Seine Erwerbsfähigkeit ist deshalb jetzt im wesentlichen nur noch durch den inzwischen eingetretenen Verlust der Übung eingeschränkt, der jedoch, wenn sich der Kläger nunmehr, wie es von ihm verlangt werden darf und muß, mit allem Eifer seiner Arbeit zuwendet, längstens im Lauf eines weiteren Jahres vollständig ausgeglichen sein wird. Der Gerichtshof bewertet daher den durch diesen vorübergehenden Zustand der weiter fortdauernden Erwerbsbeeinträchtigung des Klägers bedingten Verdienstausfall, soweit er von ihm nach obigen Darlegungen nicht ebenfalls selbstverschuldet ist, insgesamt bloß noch auf 300 ℳ. —

Urteil des OLG. zu Karlsruhe (1. Sen.) v. 10. Nov. 1915. M. (Kl.) w. MGVerein K. — Z. 1 BR. 16/14. Behr.

---

251. Haftung des Inhabers einer Auskunftei für den Schaden aus der Erteilung und Weiterbegebung einer falschen Auskunft; Umfang des Schadens.

Vgl. 64 Nr. 29.

BGB. §§ 826. 824. 249. 253; ZPO. § 287.

Der Beklagte, Inhaber einer Auskunftei, hatte über den Kläger im November 1912 eine sehr ungünstige Auskunft erteilt und verbreiten lassen; es war ihm darin u. a. der Vorwurf der Wechselreiterei und der laxen Geschäftsmoral gemacht und gesagt, daß in Fachkreisen die Verhältnisse des

Klägers mit großem und steigendem Mißtrauen beurteilt würden und man jedenfalls eine Kreditgewährung nicht mehr ohne weiteres befürworten könne, sondern dringendst anempfehlen müsse, sich vollständig und ausreichend sicherzustellen. Beklagter hatte sich die Auskunft von einer andern Auskunftei gegen Zahlung von 3 oder 4 ℳ verschafft und sie weitergegeben, ohne ihre Richtigkeit geprüft zu haben, obwohl bis dahin in seinem Archiv nur gute Auskünfte über den Kläger vorhanden waren. Auf die Auskunft hin waren ungünstige Gerüchte über das Geschäft des Klägers in Umlauf gekommen und nachteilige Einwirkungen auf seinen Kredit bemerkbar geworden. Der Kläger hatte mit Hülfe eines Privatdetektivs, der für seine Leistungen 240 ℳ beanspruchte und ausbezahlt erhielt, im Dezember 1913 vom Inhalt der Auskunft und von der Urheberschaft des Beklagten Kenntnis erlangt und unter Aufwendung von 20 ℳ durch einen Bücherrevisor seine Geschäftsführung prüfen lassen; da sich diese als einwandfrei erwies, hatte Beklagter die von ihm erteilte Auskunft als falsch zurückgenommen. Nunmehr erhob der Kläger auf Grund von § 826 BGB. Klage auf Bezahlung von 920 ℳ Schadenersatz, indem er außer den oben erwähnten 260 ℳ weitere 660 ℳ dafür forderte, daß er durch seine fast ein Jahr hindurch fortgesetzten Bemühungen, den Urheber der Gerüchte zu finden, mindestens 330 Arbeitsstunden versäumt habe. — Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrage; das Ber.-Gericht sprach dem Beklagten lediglich 460 ℳ zu. Aus den Gründen:

„Der § 824 BGB. enthält keine Sonderbestimmung, durch die die Anwendung des § 826 BGB. ausgeschlossen wird, es hat vielmehr, wenn der Tatbestand des § 826 gegeben ist, der § 826 neben dem § 824 Anwendung zu finden. Der Tatbestand des § 826 BGB. ist erwiesen.

Die in der Auskunft vom Beklagten in bezug auf den Kläger als den Inhaber eines großen und angesehenen Geschäfts gemachten Bemerkungen und behaupteten Tatsachen, die unbestritten nicht der Wahrheit entsprachen, waren geeignet, den Kläger verächtlich zu machen, in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, seinen Kredit zu gefährden, die schwersten Nachteile für seinen Erwerb und sein Fortkommen herbeizuführen, und sie erfüllen den Tatbestand eines Vergehens der Beleidigung nach §§ 185. 186. 187 StGB. Bei der Erteilung und Weiterbegebung dieser Auskunft hat der Beklagte nicht nur die erhöhte Sorgfalt schwer verletzt, die im Verkehr vom Inhaber einer Auskunftei anzuwenden ist, die sich in Rücksicht auf die einschneidenden Folgen ihrer Mitteilungen der strengsten Wahrhaftigkeit befleißigen muß und deren Kunden das höchste Interesse daran haben, durch eine wahrheitgemäße Auskunft sich vor Schaden zu schützen, sondern er hat auch die gewöhnlichste Aufmerksamkeit vollständig außer acht gelassen, die von jedem anständigen Geschäftsmann und von jedem ordentlichen und gewissenhaften Menschen verlangt werden muß. Durch das Geständnis des Beklagten steht fest, daß er, obwohl er nie etwas Nachteiliges über den Kläger und seinen Geschäftsbetrieb

erfahren hatte und in seinem Archiv sogar die besten Auskünfte über ihn vorhanden waren, die ihm von einer keineswegs verlässigen Persönlichkeit gelieferte falsche Auskunft über den Kläger ohne ihre Richtigkeit zu prüfen weiter begeben und sogar einer großen Bank ausgeantwortet hat. Er hat sonach in leichtsinniger Weise ohne genügende Unterlage, ja sogar im Widerspruch mit den ihm selbst über den Kläger bekannten günstigen Tatsachen jene äußerst ungünstige Auskunft erteilt und zwar so, als wisse er das Mitgeteilte, während er es in Wirklichkeit nicht gewußt hat und allen Grund hatte, an der Richtigkeit des Mitgeteilten zu zweifeln; er hat hierdurch seine Pflichten als verantwortlicher Leiter einer Auskunftei gröblich verletzt. Der Kläger hat glaubhaft angegeben, daß infolge jener Auskunft großes Mißtrauen bei der Kundschaft erweckt worden ist, er sich in seiner wirtschaftlichen Stellung bedroht gesehen und nicht unbedeutenden Schaden erlitten hat. Der Beklagte mußte sich der schweren Verantwortung, die er durch die Erteilung einer derartigen Auskunft übernommen hatte, bewußt sein, mußte sich die schweren Eingriffe in die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse, die jene Auskunft zur Folge haben mußte, vergegenwärtigen und war sich nach der Überzeugung des Gerichts bewußt, daß der Kläger durch diese Auskunft Schaden leiden werde.

Durch diese Handlungsweise hat der Beklagte nicht nur die Pflicht zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerer Weise verletzt, sohin sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht, sondern auch einen schweren Verstoß gegen die guten Sitten begangen; denn das dem Kläger gegenüber gezeigte gewissenlose und gemeingefährliche Verhalten des Beklagten widerspricht nicht nur dem Anstands- und Sittlichkeitsgefühl jedes ehrbaren Geschäftsmannes, sondern jedes billig und gerecht denkenden Menschen. Ein arglistiges Handeln wird zur Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten nicht erfordert.

Die Schadenzufügung durch dieses sittenwidrige Handeln des Beklagten ist aber auch vorsätzlich erfolgt. Zum Begriffe der vorsätzlichen Schadenzufügung ist nicht die unmittelbare Richtung des Vorsatzes auf die Schadenzufügung erforderlich; es genügt vielmehr grobe Fahrlässigkeit und die Vornahme der sittenwidrigen Handlung in dem Bewußtsein, daß ein andrer dadurch Schaden leiden werde. Arglistiges Handeln bildet auch hier kein Tatbestandsmerkmal. Daß der Beklagte grobfahrlässig und im Bewußtsein des schädigenden Erfolges gehandelt hat, steht zweifelsfrei fest.

Der Beklagte ist demgemäß dem Kläger auf Grund des § 826 BGB. schadenersatzpflichtig. Was die Höhe des Schadens anlangt, ist nach § 249 BGB. Beklagter verpflichtet, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn die falsche Auskunft nicht erteilt worden wäre. Der Kläger war durch das gegen die guten Sitten verstoßende Verhalten des Beklagten gezwungen, um sich vor größerem und unberechenbarem Schaden zu schützen,

seine Geschäftsbücher prüfen zu lassen, wofür er 20 ℳ verausgabt hat, und den Urheber der seine Ehre und seine wirtschaftliche Stellung schädigenden Gerüchte ausfindig zu machen, wofür 240 ℳ verausgabt wurden. Diese Beträge hat Beklagter zu erstatten. Mit seinem Einwand, daß die Forderung des Privatdetektivs zu hoch gewesen sei, kann er nicht gehört werden, da er seine Verpflichtung zum Ersatz dieses dem Kläger erwachsenen Schadens nur nach Maßgabe des § 254 BGB. bestreiten könnte, ein Verschulden des Klägers bei Entstehung dieses Schadens jedoch vom Beklagten nicht behauptet werden kann und auch nicht vorliegt. Der Anspruch von 660 ℳ ist dagegen in dieser Höhe nicht begründet. Der Kläger kann vor allem nach § 253 BGB. nur Ersatz des Vermögensschadens, nicht aber mangels der Voraussetzungen des § 847 BGB. Entschädigung für die durch das sittenwidrige Handeln des Beklagten verursachten seelischen Leiden, für seine Sorgen und Aufregungen fordern. Das Gericht ist überzeugt und auch der Beklagte kann nicht bestreiten, daß dem Kläger aus Anlaß des gewissenlosen Vorgehens des Beklagten ein Vermögensschaden auch dadurch entstanden ist, daß er durch das Schreiben von Briefen, das Verhandeln mit seinen Kunden und Geschäftsfreunden und dem Detektiv viel Zeit versäumt hat. Dafür jedoch, daß der Kläger gerade 330 Arbeitsstunden versäumt habe, ist kein Beweis erbracht, und es läßt sich wegen der Unbestimmtheit der Verhältnisse ein zahlenmäßiger Beweis auch nicht führen, weshalb auch die beantragte Beweisaufnahme in dieser Richtung nicht anzuordnen war.

Das Gericht hat sich gemäß § 287 ZPO. veranlaßt gesehen, über die Höhe dieses Schadens unter Würdigung der Umstände des Falles nach freier Überzeugung zu entscheiden. Einen Anhaltspunkt bietet die Forderung des Privatdetektivs für seine in dieser Angelegenheit entwickelte Tätigkeit und hierfür verlangte Entlohnung. Da er nach Angabe des Klägers eine sehr umfangreiche Tätigkeit entfaltet und zweifellos zur Ermittlung der Urheberschaft des Beklagten die Hauptarbeit geleistet, hiefür eine Entlohnung von 240 ℳ beansprucht und auch der Kläger diesen Betrag für angemessen erachtet hat, erschien dem Gericht als Entschädigung für die vom Kläger versäumte Zeit ein Betrag von 200 ℳ als billig und angemessen. Der vom Beklagten dem Kläger zu ersetzende Schaden beträgt hiernach 460 ℳ. — — —"

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 6. Mai 1916. C. w. Sch. — L. 700/15. F—z.

---

252. Haftung des Reichsfiskus für Tötung durch Verschulden eines Soldaten; Beweislast.

BGB. § 839; RGes. v. 22. Mai 1910.

In der Nacht vom 4. zum 5. August 1914 wurde der vom Werkmeister Mü., dem Ehemanne bzw. Vater der Kläger, geführte Kraftwagen, in wel-

chem der Privatgelehrte Dr. R. aus B. saß, an der seit der Mobilmachung militärisch besetzten, über die Lützener Straße in Leipzig-Plagwitz führenden Eisenbahnbrücke angehalten, weil der Umstand, daß Dr. R. eine Perücke trug, den Verdacht erweckt hatte, daß es sich um Spione handelte. Beide Insassen des Wagens wurden festgenommen und von einem Unteroffizier und zwei Soldaten zur nächsten Polizeiwache abgeführt; unter letzteren befand sich der zu Beginn der Mobilmachung wieder eingezogene Landwehrmann Mi., der mit scharf geladenem und entsichertem Gewehr hinter Mü. herging. Plötzlich entlud sich das Gewehr, und der Schuß daraus traf den Mü. tödlich. Seine Witwe und Kinder erhoben gegen Mi. und den Reichsfiskus Klage auf Entschädigung mit der Begründung, daß Mi. den Tod ihres Ernährers durch Fahrlässigkeit verschuldet habe. — Der Anspruch wurde als dem Grunde nach berechtigt anerkannt. Die Berufung des Reichsfiskus wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„In tatsächlicher Beziehung steht zunächst einmal so viel fest, daß der Ernährer der Kläger, als er nach seiner vorläufigen Festnahme von dem hierzu befehligten Landwehrmann Mi. nach der Polizeiwache abgeführt wurde, durch einen Schuß aus dem von diesem getragenen, entsicherten Gewehr unabsichtlich getötet worden ist.

Eine Haftung des Reichsfiskus für diesen Unfall könnte nur nach dem Reichsgesetze v. 22. Mai 1910 begründet werden, welches in den Fällen, in denen ein Reichsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit auf das Reich überträgt und den Reichsbeamten insoweit die Personen des Soldatenstandes gleichstellt (§ 1 Abs. 1 und 3). Zu einer Bejahung der Haftpflicht des Reichs wäre also dann zu gelangen, wenn anzunehmen sein würde, daß der Soldat Mi. eine ihm gegenüber dem Erschossenen obliegende Amts- oder Dienstpflicht verletzt und durch Fahrlässigkeit dessen Tod verursacht habe; dazu müßte als drittes noch die gegenständliche (objektive) Widerrechtlichkeit kommen, die das gemeinsame Merkmal aller unerlaubten Handlungen bildet (Komm. von RGRäten Vorbem. 1 vor § 823), denn um eine Haftung aus solcher handelt es sich, wie die Verweisung auf § 839 ohne weiteres erkennen läßt, bei dem erwähnten Reichsgesetz. Das Vorhandensein aller dieser Tatbestandsmerkmale haben aber die Kläger darzulegen und, soweit nötig, zu beweisen.

Der Anspruch aus § 839 steht nur einem solchen Verletzten zu, demgegenüber eine Amtspflicht bestand, und dementsprechend können auch den in § 844 BGB. bestimmten Anspruch nur diejenigen Hinterbliebenen erheben, deren Ernährer gegenüber eine Amtspflicht verletzt wurde. Also nicht jede Körperverletzung oder Tötung, die von einem Soldaten in Ausübung seines Dienstes verursacht worden ist, vermag eine Haftpflicht aus § 839 auszulösen;

der Täter muß zu dem Verletzten in ein Verhältnis gekommen sein, das ihm gewisse Pflichten gerade diesem gegenüber auferlegte. Was für Pflichten das seien, läßt sich am besten durch Hervorhebung der Gegensätze klarstellen. Den Gegensatz zu den Dienstpflichten, die den Beamten Dritten gegenüber im Sinne der erwähnten Gesetzesbestimmungen obliegen, bilden einmal die Pflichten des Beamten, die von ihm im inneren Verhältnisse zu den über-, neben- und untergeordneten Beamten zu beobachten sind, und sodann die Pflichten, die dem Beamten zwar nach außen, aber unmittelbar im öffentlichen Interesse auferlegt sind (Komm. von RGRäten Anm. 3 bei § 839). Hat die Amtspflicht aber den Zweck, das Interesse des einzelnen wahrzunehmen, so liegt sie dem Beamten einem Dritten gegenüber ob (RGEntsch. 78, 241). Zutreffend legt in dieser Beziehung das Landgericht dar, daß dem Soldaten Mi. dem Erschossenen gegenüber die Amtspflicht des sorgsamen Transports nach der Wache obgelegen habe, und es mag genügen, hierzu noch hervorzuheben, daß er ihn zum Beispiel auch vor den Angriffen der nachdrängenden Volksmasse zu schützen hatte, deren Erbitterung gegen die Festgenommenen als vermeintliche Spione sich nach den vom Beklagten nicht bemängelten Feststellungen der Militärgerichte bereits offen bekundet hatte.

Ist somit die Voraussetzung der Verletzung einer dem Getöteten gegenüber bestehenden Amtspflicht aus dem festgestellten Sachverhalt ohne weiteres zu folgern, so hat das gleiche von dem Merkmale der Widerrechtlichkeit zu gelten. Denn die Tötung wie auch die Körperverletzung eines Menschen ist eine objektiv widerrechtliche Handlung, wenn sie nicht aus einem besonderen Grunde wie Notwehr, Notstand, Tötung im Feld, ordnungmäßiger Waffengebrauch auch außerhalb desselben, zu einer rechtmäßigen wird (vgl. RGEntsch. 50, 65, in SeuffA. 58 Nr. 33; Gruchots Beitr. 51, 1003). Letzteres wäre z. B. dann der Fall gewesen, wenn Mü. einen Fluchtversuch unternommen und Mi. alsdann von der Schußwaffe gegen ihn vorschriftmäßig Gebrauch gemacht hätte. Dann würde es auf die vom Beklagten vorgelegten Dienstvorschriften angekommen sein, aus denen hervorgeht, unter welchen Umständen der Soldat von seiner Waffe Gebrauch machen darf und soll. Sie kommen aber für den vorliegenden Fall nicht in Betracht, da der Soldat Mi. offenbar in dem Augenblick, als sein Gewehr sich entlud, garnicht hat schießen wollen.

Nach alledem blieb den Klägern nur noch übrig, nachzuweisen, daß der Tod ihres Versorgers durch eine Fahrlässigkeit des Soldaten Mi. verursacht worden sei. Wenn man nun auch diesen Beweis seines subjektiven Verschuldens von den Klägern verlangen muß, so ist man doch nicht nur nicht behindert, sondern durch eine billige Rücksichtnahme auf die ganze den Klägern so unheilvoll gewordene Sachlage besonders dringend veranlaßt, ihnen diesen Beweis nicht zu schwer zu machen und vor allem den in der Rechtsprechung stets anerkannten Grundsatz (JW. 1912, 348[14]) zugute kommen

zu lassen, daß der Schuldbeweis für ausreichend geführt erachtet werden darf, wenn der festgestellte Sachverhalt nach dem regelmäßigen Zusammenhange der Dinge die Folgerung rechtfertigt, der Unfall sei durch ein Verschulden veranlaßt. Ein solcher Fall liegt hier ganz ausgesprochen vor. Wird jemand durch einen Schuß aus einem Gewehr verletzt oder getötet, der ohne den Willen dessen, welcher das Gewehr in der Hand hat, losgegangen ist, so darf nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge angenommen werden, daß dieser unvorsichtig mit dem Gewehr umgegangen ist. Sache des Beklagten wäre es demgegenüber, Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich das Gegenteil ergibt. Nicht möchte sich hierbei das Ber.-Gericht, wie es das Landgericht getan hat, darauf festlegen, daß dem Täter Mi. zur Fahrlässigkeit angerechnet werde gerade der Umstand, daß er das Gewehr in ungesichertem Zustande trug. Selbst zugegeben einmal — was der Beklagte in der Ber.-Verhandlung mit Entschiedenheit verficht, auch unter Sachverständigenbeweis stellt —, daß die Entsicherung der Waffe im gegebenen Fall eine zulässige, ja gebotene Maßnahme gewesen wäre, so würde sich daraus noch keineswegs die Schuldlosigkeit des Soldaten Mi. ergeben: sein Verschulden kann in ganz andrer Richtung zu suchen sein, ohne daß den Klägern anzusinnen wäre, gerade die einzelne Handlung oder Unterlassung in absolute Gewißheit zu stellen, in welcher es gelegen hat. Außerordentlich nahe liegt die Annahme, daß der Soldat Mi. es mit der Haltung des entsicherten Gewehrs versehen habe. Trotz der Entsicherung des Gewehrs hätte der schlimme Erfolg vermieden werden können, wenn Mi. es mit nach oben gerichtetem Lauf und so fest gehalten hätte, daß es auch durch einen Stoß einer dritten Person nicht in gefahrdrohende Lage versetzt werden konnte, und wenn er nicht den Finger am Abzuge gehalten hätte. Nach seiner Angabe im Strafverfahren will er das Gewehr ziemlich wagerecht, mit der Mündung sogar etwas nach unten getragen haben. Das wäre natürlich sehr leichtsinnig gewesen. Das Ber.-Gericht will diese Aussage, weil nicht im gegenwärtigen Rechtsstreit erstattet, nicht als Beweismittel gegen den Beklagten verwenden. Nach der Stellung, die es gegenüber der Beweispflicht der Kläger einnimmt, bedarf es dessen nicht; hält es doch das Merkmal der Fahrlässigkeit aus dem Sachverhalt selbst gegeben, solange nicht der Beklagte alle Möglichkeiten zu widerlegen vermag, in denen ein Verschulden des Mi. liegen könnte — was nach dem vorher Dargelegten nicht etwa eine Umkehrung der Beweislast bedeutet. Tauglichen Beweis in der soeben angegebenen Richtung hat aber der Beklagte nicht angeboten.

Nach alledem war im Ergebnisse übereinstimmend mit dem Landgericht die Haftpflicht des Reichsfiskus festzustellen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 18. Mai 1916. 5 O. 156/15.
Ch.



253. Unlauterer Wettbewerb; Vertrieb von Waren, die sich ein Händler unter Verleitung von Zwischenhändlern zum Vertragsbruche verschafft hat.

Vgl. 68 Nr. 213; auch 69 Nr. 243 m. N.
UnlWG. § 1; PatG. § 4; BGB. § 138.

Die Klägerin stellt Nähmaschinen her, die sie unter der Bezeichnung „Ph.-Nähmaschinen" in den Handel bringt. Der Beklagte ist Nähmaschinenhändler in W., der in seinem Geschäft auch Ph.-Nähmaschinen feilhält. Er hat solche in seinem Schaufenster ausgestellt, auch auf solche Nähmaschinen bezügliche Anschläge in seinen Geschäftsräumen aushängen. Die Vertretung hinsichtlich ihrer Nähmaschinen für den Bezirk der Städte W. und H. nebst anliegenden Ortschaften hatte die Klägerin seit einer Reihe von Jahren dem Nähmaschinenhändler Bruno S. in H., einem Bruder des Beklagten, übertragen. Mit der Klage erstrebte sie, daß dem Beklagten unter Strafandrohung verboten werde, von ihren Vertretern ohne ihre Genehmigung Ph.-Maschinen zu erwerben und feilzuhalten. Sie stützte ihren Anspruch auf § 4 PatG., auf § 12 WZG., sowie auf § 1 UnlWG., indem sie geltend machte: sie habe den Vertrieb ihrer Nähmaschinen in der Weise geregelt, daß sie Vertreter anstelle, jedem einen bestimmten Bezirk zuweise, ihm das Alleinverkaufsrecht hierfür übertrage und ihm vertragmäßig die Pflicht auferlege, die Maschinen nur an Personen innerhalb des Bezirks und ohne ihre Einwilligung nicht an Wiederverkäufer abzugeben; der Beklagte, dem das bekannt sei, verschaffe sich nun die von ihm feilgehaltenen Ph.-Nähmaschinen dadurch, daß er ihren Vertretern die unwahre Angabe mache, die Maschinen seien für Verwandte bestimmt, und sie zum Vertragsbruche verleite. — Das Landgericht verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage. Das Oberlandesgericht hielt die Verurteilung nur insoweit aufrecht, daß dem Beklagten bei Strafe der Erwerb und das Feilhalten von solchen Nähmaschinen verboten wurde, die er dadurch an sich bringe, daß er Vertretern der Klägerin zurede, von Einhaltung ihrer Vertragspflichten gegen die Klägerin abzusehen. Aus den Gründen:

„Die Klägerin kann den Anspruch, daß der Beklagte ohne ihre Genehmigung von ihren Vertretern keine Ph.-Nähmaschinen erwerbe und feilhalte, nicht auf die ihr an einzelnen Teilen ihrer Maschinen zustehenden Patente stützen. Durch die Überlassung an ihre Vertreter hat die Klägerin ihre Maschinen bereits selbst in den Verkehr gebracht, damit die Vorteile ihrer Patente genossen und so ihr Recht verbraucht. Die Beschränkungen, die sie dabei ihren Abnehmern bezüglich des weiteren Absatzes auferlegt hat, haben nur schuldrechtliche Wirkung, sind patentrechtlich aber bedeutunglos (RGEntsch. 51, 139). Daß der Beklagte vertragmäßigen Verpflichtungen ihr gegenüber unterworfen sei, behauptet die Klägerin selbst nicht. — Die gleichen Erwägungen stehen dem Anspruch der Klägerin entgegen, soweit er mit der Behauptung,

ihr sei die Bezeichnung ‚Ph.‘ geschützt, auf § 12 WZG. gestützt werden soll (RGEntsch. 50, 229; 51, 263).

Es kann sich darnach nur fragen, ob der Anspruch der Klägerin auf Grund von § 1 UnlWG. gerechtfertigt ist. Bei Entscheidung dieser Frage ist von dem in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Satze auszugehen, daß derjenige, der sich, um einen Vermögensvorteil zu erlangen, an der Verletzung von Vertragspflichten beteiligt, die einem andern gegenüber einem Dritten obliegen, deswegen allein noch nicht gegen die guten Sitten verstößt, daß vielmehr noch besondere Umstände hinzutreten müssen, die sein Verhalten als sittlich verwerflich erscheinen lassen (vgl. RGEntsch. 78, 14ff., insbes. 17. 18; 81, 86ff, insbes. 91). Zweifelhaft kann nur sein, ob, wie der 2. Zivilsenat des RG. in der zuletzt erwähnten Entscheidung annimmt, im Geschäftsverkehr das bewußte Hinwirken darauf, daß jemand vertragbrüchig wird, in der Regel sittenwidrig ist, so daß nur im einzelnen Fall die begleitenden Umstände die Sittenwidrigkeit auszuschließen vermögen, oder ob in einem solchen Fall die Sittenwidrigkeit erst durch die besonderen Umstände, insbesondere durch die Anwendung unlauterer Mittel, begründet wird, wie der 6. Zivilsenat des RG. annimmt (JW. 1910, 705[5]; 1913, 866[11]).

Nun war dem Beklagten bereits aus dem früher von der Klägerin gegen ihn angestrengten Prozesse bekannt geworden, daß die Klägerin ihre Vertreter vertragmäßig zu binden pflege, nicht außerhalb ihres Bezirks an Wiederverkäufer zu liefern. Solche Verträge sind außerdem in weitem Maße gebräuchlich, wie der Beklagte selbst nicht leugnet. Hiernach hat der Beklagte damit rechnen müssen und nach der Überzeugung des Ber.-Gerichts auch damit gerechnet, daß sein Verkäufer Sch. durch einen derartigen Vertrag der Klägerin gegenüber gebunden sei und aus diesem Grunde ihm nicht weiter liefern wolle. — — — Er hat darnach den Versuch, Sch. zur Weiterlieferung zu bestimmen, auch für den Fall unternommen, daß Sch. dies nur unter Verletzung der ihm der Klägerin gegenüber obliegenden Vertragspflichten tun könne. Die Mittel, deren er sich bedient hat, können als lauter nicht angesehen werden. Er weist ihn auf seine wirtschaftliche Machtstellung als Großhändler hin, die es ihm erlaube, sich auch einmal über eine Vertragspflicht hinwegzusetzen, zumal es sich dabei mittelbar doch nur um die Verletzung der Interessen seines mit ihm verfeindeten Bruders, eines Kleinhändlers, handle. Er sichert ihm weiter zu, daß sein Bruder, der von der Vertragsverletzung zunächst Betroffene, nicht erfahren werde, wo er die Maschinen her habe. Damit und durch das Versprechen sofortiger Barzahlung sucht er ihn zum Vertragbruch zu verleiten. Das aber ist ein Einwirken auf den Willen Sch.s mit unlauteren Mitteln, das sich als Verstoß gegen § 1 UnlWG. darstellt, gleichviel ob dabei von dem oben angeführten Standpunkte des 2. oder dem des 6. Senats des RG. ausgegangen wird. Hiernach ist allerdings gegen den Beklagten der Anspruch auf Unterlassung gegeben.

Allein dieser Anspruch reicht nur so weit, wie sich der Beklagte gegen das Gesetz vergangen hat, denn es kann ihm nicht mehr verboten werden als er getan hat, nach dem Gesetz aber nicht hätte tun sollen. Soweit die Klägerin mit dem von ihr begehrten allgemeinen Verbot mehr verlangt hat, ist daher in Beachtung der Berufung des Beklagten die Klage abzuweisen. Der Anspruch, daß dem Beklagten wenigstens der Erwerb und das Feilhalten von Maschinen in der von ihm unternommenen unlauteren Weise untersagt werde, stellt sich als Teil des erhobenen allgemeinen Anspruchs dar. Es ist die Besorgnis begründet, daß der Beklagte auch in Zukunft es in derselben unlauteren Weise unternehmen werde, Vertreter der Klägerin zu bestimmen, unter Verletzung ihrer Vertragspflichten ihm Ph.-Maschinen zu liefern. Deshalb ist die vorbeugende Unterlassungsklage zur Abwehr drohender Eingriffe begründet (vgl. RG. in SeuffA. 69, Nr. 105 S. 197). — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 2. Dez. 1914. 3 O. 144/14.
F—ch.

---

254. Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen erfordert deren deutliche Bezeichnung.* — Der (preuß.) Notar haftet als Beamter.**

*Vgl. 70 Nr. 58 m. N. — **Vgl. 70 Nr. 178 m. N: auch oben Nr. 136.
BGB. §§ 929. 839.

Durch einen von dem Beklagten beurkundeten Vertrag v. 10. Juli 1912 übertrugen die Eheleute R. der Klägerin zur Sicherung ihrer Darlehnsforderungen von 36000 M das Eigentum an den in einer Anlage des Vertrags aufgeführten Gegenständen, nämlich Laden- und Kontoreinrichtungen und Waren. Die Vertragsteile erklärten in dem Vertrage, daß das Eigentum an diesen Gegenständen fortan der Klägerin zustehe, daß die Schuldner sie nunmehr für die Klägerin als neue Eigentümerin besäßen, jedoch berechtigt seien, sie, soweit ihre Benutzung angängig sei, unentgeltlich zu benutzen und, soweit sie Waren seien, im regelmäßigen Geschäftsbetriebe zu veräußern. Die Schuldner verpflichteten sich, den zum Eigentum übertragenen Bestand auf der ursprünglichen Höhe zu erhalten, und die Beteiligten erklärten, darüber einig zu sein, daß Ersatzstücke von den Schuldnern für die Gläubigerin zu Eigentum erworben würden. Nachdem am 21. Mai 1913 über R.s Vermögen Konkurs eröffnet war, erhob die Klägerin Klage gegen den Konk.-Verwalter auf Herausgabe der übereigneten Gegenstände und Einwilligung in die Auszahlung des hinterlegten Erlöses, soweit jene inzwischen veräußert waren. Die Klage wurde, soweit sie auf Herausgabe der Waren oder ihres Erlöses gerichtet war, wegen Nichtigkeit der Übereignung der Waren abgewiesen. Die Klägerin beanspruchte nun Ersatz ihres Schadens in Höhe von 17000 M von dem Beklagten, weil er diesen Schaden durch mangelhafte Abfassung des Vertrags fahrlässigerweise verursacht habe. — Das Landgericht erkannte nach dem

Klagantrage; das Oberlandesgericht wies die Klage ab. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Der von der Revision und wohl auch von dem Oberlandesgericht geteilten Ansicht des Landgerichts, daß die Klage als Vertragsklage, nicht als Klage aus § 839 BGB. begründet sei, kann nicht beigepflichtet werden. Der um die Beurkundung eines Vertrags ersuchte Notar ist kraft seines Amtes verpflichtet, dem Vertrage die für seine Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit erforderliche Fassung zu geben, mag er auch schon vor der Beurkundung von der einen Partei mit dem Entwurf des von ihm zu beurkundenden Vertrags beauftragt sein. Die dem Beklagten vorgeworfene mangelhafte Abfassung des Vertrags stellt daher eine Amtspflichtverletzung des Notars dar, und da die Erfüllung einer Amtspflicht des Notars nicht Gegenstand vertraglicher Bindung sein kann,

vgl. RGEntsch. 85, 409, in SeuffA. 70 Nr. 178; JW. 1915, 1007. 1193; Gruchot 59, 1055; Warneyer Rspr. 9. Jahrg. S. 128 Nr. 81,

scheidet hier der Gesichtspunkt der Vertragshaftung aus und kommt nur der der Haftung aus § 839 in Betracht. Es bedarf daher, wenn die Klage nicht schon aus andern Gründen abzuweisen ist, auch einer Prüfung der bisher nicht erörterten Frage, ob die Klägerin nicht von andrer Seite Ersatz zu erlangen vermag (§ 839 Abs. 1 Satz 2), seitens des Ber.-Gerichts, an das die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zurückzuverweisen ist, weil die Verneinung eines Verschuldens des Beklagten mit der bisherigen Begründung nicht als zutreffend anerkannt werden kann.

Der Ber.-Richter meint, der Beklagte habe die Bezeichnung der zu übereignenden Waren in dem Vertrage und die Bestimmung hinsichtlich der Ersatzstücke deshalb ohne Verschulden für ausreichend erachten dürfen, weil er annehmen konnte, das dem Vertrage beigefügte Verzeichnis stelle das gesamte Warenlager des übereignenden Schuldners dar. Dem würde nur dann beigepflichtet werden können, wenn der Beklagte entsprechend dem Willen der Vertragsteile, wie er ihn nach der Feststellung des Ber.-Gerichts verstanden hatte, das gesamte Warenlager des Schuldners R. als Gegenstand der Eigentumsübertragung in dem Vertrage bezeichnet hätte und nicht „die in der Anlage aufgeführten Gegenstände", die nach der Entscheidung im Vorprozesse der genügenden Individualisierung entbehrten. Es ist ein wie schon für das frühere Recht so auch für das heutige anerkannter Satz, daß nur individuell bestimmte Sachen Gegenstand der Besitz- und Eigentumsübertragung sein können;

vgl. z. B. RGEntsch. 52, 385; RGSt. 47, 44; Gruchot 51, 616; 58, 1029; JW. 1912, 797; Warneyer Rspr. 5. Jahrg. 236;

ein Rechtssatz, der dem Beklagten nach seinem eigenen Vorbringen bekannt gewesen ist. Daß die zu übereignenden Sachen einzeln aufgeführt werden, ist nicht immer erforderlich; es genügt auch eine sie zusammenfassende ver-

kehrsübliche Bezeichnung, z. B. der Ausdruck Warenlager, vorausgesetzt, daß alle zu einem bestimmten Warenlager gehörigen Gegenstände übereignet werden sollen. Wird aber statt einer solchen zusammenfassenden Bezeichnung eine Aufzeichnung der einzelnen Waren gewählt, so bedarf es deren genauer Individualisierung, mögen sie auch tatsächlich das gesamte Warenlager ausmachen. Damit stehen die von dem Ber.-Gericht angezogenen Urteile des 7. Zivilsenat v. 15. Juni und 14. Nov. 1911 (VII. 612/10 und 68/11, im Auszug abgedruckt in JW. 1911, 762; 1912, 144) nicht in Widerspruch. In dem ersten Urteil ist vielmehr Gewicht gelegt auf die „Konkretisierung" der zu übereignenden Sachen durch die Angabe, daß die in bestimmten Lagerräumen befindlichen Waren in ihrer Gesamtheit in das Eigentum des Erwerbers übergehen und daß die neu anzuschaffenden Ersatzstücke eben in diese Räume hineingebracht werden sollen; und in dem zweiten wird die nötige Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes darin gefunden, daß alle Waren veräußert werden sollten, die sich zur Zeit des Vertragschlusses in einem bestimmten Raume, nämlich dem Laden des Veräußerers befanden. Hier enthält der Vertrag keine dementsprechende Bezeichnung, er läßt nicht erkennen, daß alle Waren übereignet werden sollten. Deshalb entschuldigt der von dem Ber.-Richter festgestellte Glaube des Beklagten, die in dem Verzeichnis aufgeführten Waren umfaßten das Warenlager, den Beklagten nicht. Vielmehr ist zu prüfen, ob der Beklagte annehmen durfte, die Anlage des Vertrags enthalte eine genügende Individualisierung der zu übereignenden Einzelsachen. Ebenso bedarf auch die Frage einer nochmaligen Prüfung, ob die Bestimmung über den Eigentumsübergang an den Ersatzstücken von dem Beklagten als ausreichend erachtet werden durfte, da der Ber.-Richter dies bisher nur unter dem obigen unzutreffenden Gesichtspunkte bejaht hat. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 12. Mai 1916. E. (Kl.) w. H. (OLG. Cöln). III. 26/16.

---

255. Kein Eigentumserwerb durch Verarbeitung von Holz, woran ein fremdes Eigentumsrecht vorbehalten ist.

Vgl. 58 Nr. 54; 62 Nr. 77; 66 Nr. 52; 69 Nr. 107.
BGB. §§ 950. 455.

Klägerin hatte an R. unter Eigentumsvorbehalt Holz zur Verarbeitung für Türen, Fensterrahmen und Bekleidungen an einem Bau des G. käuflich geliefert. Bevor der Bau fertiggestellt worden war, geriet er wegen Zahlungsschwierigkeiten des Bauherrn ins Stocken. Die von R. hergestellten Holzarbeiten wurden vom Bau fortgeschafft und vom Beklagten angekauft. Der Klage auf Herausgabe der Holzarbeiten wurde insoweit stattgegeben, als diese noch nicht in den Bau eingefügt gewesen waren. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Zwar waren durch die Verarbeitung des von der Klägerin dem R. gelieferten Holzes zu Türen, Fensterrahmen und Bekleidungen neue Sachen entstanden und diese würden nach der Regel des § 950 BGB. Eigentum des R. geworden sein. Allein da die Klägerin sich dem R. gegenüber das Eigentum an dem Holz vorbehalten hat, ‚einerlei ob dasselbe verarbeitet oder unverarbeitet ist, bis es mit dem Bau verbunden ist', so kann die gesetzliche Regel nicht Anwendung finden. Auch der Besteller einer Sache, der den Stoff liefert, behält das Eigentum, wenn aus dem Stoff die bestellte neue Sache entsteht; der Verfertiger wird in diesem Fall nicht Eigentümer, wie allgemein anerkannt ist. Ebensowenig kann derjenige Eigentum durch Verarbeitung erwerben, welcher mit dem Willen, Eigentum nicht zu erlangen, sondern wegen Eigentumsvorbehalts das Eigentum dem bisherigen Eigentümer des Stoffes zu belassen, eine neue Sache herstellt. Zwar erwirbt Eigentum durch Verarbeitung fremden Stoffes, wer ohne den Willen, Eigentum zu erwerben, die Verarbeitung vornimmt; aber es liegt kein Grund vor, die Anwendung des Gesetzes so weit auszudehnen, daß der Verarbeiter auch gegen seinen Willen Eigentum erwerben soll. Der Fall, daß jemand aus fremdem Stoff eine fremde Sache schaffen will, wird von dem § 950 nicht getroffen.

Darnach hat also die Klägerin wegen des Eigentumsvorbehalts das Eigentum an den Fenstern, Türen und Bekleidungen behalten, soweit diese Gegenstände noch nicht für die Dauer mit dem Neubau verbunden waren (§§ 94. 95 BGB.), während an den bereits eingefügten Sachen der Grundstückseigentümer das Eigentum erwarb.

Als dann in der Folge die bereits eingefügten Türen und Fenster wieder ausgehängt und mit den noch nicht angebrachten zusammen fortgeschafft wurden, entstand eine untrennbare Vermengung (§ 948 BGB.), soweit den Türen nicht anzusehen war, ob sie schon für die Dauer angebracht gewesen waren oder nicht. Soweit die Fenster schon verglast, die Türen schon gemalt waren, fielen sie nicht in die Vermengung, da insoweit sichtbar war, daß die Einfügung schon stattgefunden hatte. An der untrennbaren Menge steht der Klägerin und dem Grundstückseigentümer G. Miteigentum nach Verhältnis des Wertes ihrer Anteile zu (§ 947). Hiernach bleibt, abgesehen von der Frage des gutgläubigen Erwerbes durch den Beklagten, nur noch zu entscheiden, wieviele der Fenster und Türen schon eingefügt waren als sie fortgeschafft wurden, um darnach die Größe des Anteils der Klägerin an der untrennbaren Menge zu bestimmen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 8. April 1916. R. (Kl.) w. R. u. Gen. Bf. VI. 401/15. Nö.

---

256. Abtretung einer Hypothek; die Unwirksamkeit späterer Leistungen an den alten Gläubiger gilt nur für die dingliche Forderung.

Vgl. 62 Nr. 137 m. N.

BGB. §§ 1156. 407.

Auf einem damaligen Grundstück des Kaufmanns G. war am 11. Dez. 1911 für den Töpfermeister E. eine Hypothek im Betrage von 7200 ℳ für gelieferte Töpferarbeiten und Darlehen eingetragen worden. Im Jahre 1912 verkaufte G. durch mündlichen Vertrag das Grundstück an den Kläger; dabei wurde vereinbart, daß die Hypothek nicht vom Kläger übernommen, sondern durch G. zur Löschung gebracht werden sollte. Am 19. Okt. 1912 ließ G. auf Grund des mündlichen Vertrags das Grundstück an den Kläger auf und dieser wurde darauf als Eigentümer eingetragen. Die Hypothek war nicht gelöscht, sondern auf Grund einer von dem Gläubiger E. ausgestellten Abtretungsurkunde, welche vom 15. Okt. 1912 datiert, deren Unterschrift am 23. Okt. 1912 beglaubigt und die am 24. Okt. 1912 bei dem Grundbuchamt eingereicht worden war, am 20. Januar 1914 auf den Schlächtermeister Kl., den Erblasser der Beklagten, umgeschrieben worden. Auf eine von G. gegen E. erhobene Klage war E. durch ein rechtskräftig gewordenes Urteil des Landgerichts v. 23. Mai 1914 verurteilt worden, in die Löschung der Hypothek zu willigen. Mit einer neuen Klage gegen die Erben des Kl. beantragte darauf der Kläger im Einverständnis mit G., die Beklagten zu verurteilen, die Löschung der Hypothek zu bewilligen und zu diesem Zweck den Hypothekenbrief dem Grundbuchamt zu überreichen. — In den beiden ersten Instanzen wurde nach dem Klagantrage erkannt. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Der Kläger stützt den Klaganspruch auf eine zwischen G., seinem Rechtsvorgänger im Eigentum des belasteten Grundstücks, und E., dem früheren Hyp.-Gläubiger, der die Hypothek an den Erblasser der Beklagten abgetreten hat, angeblich getroffene Vereinbarung, durch welche sich E. verpflichtet haben soll, gegen Zahlung von 3000 ℳ und einen von G. auszustellenden Wechsel über 800 ℳ die Löschung der Hypothek zu bewilligen, sowie auf die Behauptung, daß diese Vereinbarung von G. erfüllt worden sei. Der Ber.-Richter erachtet den Beweis für erbracht, daß die von dem Kläger behauptete Vereinbarung zwischen G. und E. getroffen und von G., und zwar am 19. Okt. 1912, erfüllt worden ist. — — —

Der Ber.-Richter nimmt weiter an, daß der Anspruch auf Einwilligung in die Löschung der Hypothek auf Grund der zwischen G. und E. getroffenen Vereinbarung gegen die verklagten Erben Kl. geltendgemacht werden könne (daß diese passiv legitimiert seien). Er führt aus, es könne von der Feststellung, ob die Zession der Hypothek durch E. an Kl. nur zum Schein erfolgt sei, abgesehen werden, denn es sei nicht erwiesen, daß die Zession vor dem 19. Okt. 1912 erfolgt sei. Nach § 407 BGB. müsse der Zessionar die Leistung

des Schuldners an den Zedenten und die von diesem mit dem Schuldner abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner zu dem in Frage kommenden Zeitpunkte die Tatsache der Zession nicht kannte. Daß G. am 19. Okt. 1912 die Zession an Kl. kannte, könne nicht als erwiesen angesehen werden, schon deshalb nicht, weil nicht erwiesen sei, daß sie damals schon erfolgt war. Nach § 1156 BGB. finde zwar der § 407 auf die Übertragung einer Hypothek im allgemeinen keine Anwendung; wenn jedoch der bisherige Gläubiger, wie im vorliegenden Falle, durch den Besitz des Hyp.-Briefs legitimiert war, so müsse der Zessionar die Rechtsgeschäfte des § 407 gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner die Zession nicht kannte. Für den gleichliegenden Fall der Zession der Buchhypothek, in welchem der Schuldner (der Eigentümer) von der zur Bewirkung der Zession erforderlichen Eintragung der Zession keine Kenntnis hatte, habe das Reichsgericht (RG.-Entsch. 67, 413ff.) die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gegen den Zessionar ebenfalls angenommen, sofern der Schuldner nicht auf irgendeinem Wege sichere Kenntnis von dem Forderungsübergang erlangt hatte. Deshalb müßten die Beklagten die am 19. Oktober 1912 wirksam gewordenen Rechtsgeschäfte, welche G. mit E. vorgenommen habe, selbst dann gegen sich gelten lassen, wenn die Zession an Kl. an diesem Tage schon erfolgt wäre, da E. durch den Besitz des Briefes der für ihn damals im Grundbuch stehenden Hypothek als der zur Verfügung Berechtigte legitimiert war. Um so mehr müßten die Beklagten diese Rechtsgeschäfte deshalb gegen sich gelten lassen, weil damals die Zession an Kl. ‚nachweislich‘ noch nicht erfolgt war.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Grund als rechtsirrig angegriffen. Rechtsirrig ist schon der den Ausgangspunkt der Erörterungen des Ber.-Richters bildende Satz, daß ungeachtet der Vorschrift des § 1156 BGB. auf Grund des § 407 BGB. der Zessionar einer Hypothek die von dem Eigentümer (Schuldner) nach der Abtretung mit dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommenen Rechtsgeschäfte als ihm gegenüber wirksam gelten lassen müsse, falls der Eigentümer von der Zession zur Zeit der Vornahme der Rechtsgeschäfte keine Kenntnis hatte. Die Bezugnahme des Ber.-Richters für diese Auffassung auf das Urteil des erkennenden Senats v. 22. Febr. 1908 (Entsch. Bd. 67, 413) beruht auf einem Mißverstehen dieser Entscheidung. In dem dortigen Fall hat es sich lediglich um die Frage gehandelt, ob der Veräußerer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks, welcher zugleich persönlicher Schuldner der Forderung ist, sich von der persönlichen Schuld dadurch befreien kann, daß er die in § 416 BGB. vorgeschriebene Anzeige von der Schuldübernahme durch den Käufer an denjenigen richtet, der früher im Grundbuch als Gläubiger eingetragen war, wenn er von der erfolgten Abtretung und Umschreibung der Hypothek auf einen andern Gläubiger keine Kenntnis erlangt hat. Diese Frage ist sowohl für die Briefhypothek wie für die Buchhypothek bejaht und

zur Begründung u. a. ausgeführt, daß der § 1156 BGB. ‚bei Abtretung von Briefhypotheken nur in Ansehung der Hypothek, nicht aber hinsichtlich der persönlichen Schuld die Anwendung der §§ 406—408 BGB. ausschließe'. Damit ist in geradem Gegensatze zu dem, was der Ber.-Richter aus der Entscheidung herausgelesen hat, anerkannt, daß in Ansehung der Hypothek die Anwendung der §§ 406—408 durch § 1156 BGB. ausgeschlossen ist. Das ergibt sich auch ohne weiteres aus dem uneingeschränkten Wortlaut des § 1156. Auch die vom Ber.-Richter hervorgehobene Tatsache, daß am 19. Okt. 1912, also zu der Zeit, als die Vereinbarung zwischen G. und E. abgeschlossen wurde, E. noch als Gläubiger im Grundbuch eingetragen und daß er im Besitz des Hyp.-Briefs war, kann die Anwendung des § 407 BGB. nicht rechtfertigen. Auch aus § 893 BGB. könnte die Annahme des Ber.-Richters, daß Kl. die Vereinbarung zwischen G. und E., falls sie nach der an ihn erfolgten Abtretung stattgefunden hätte, gegen sich gelten lassen müßte, nicht gerechtfertigt werden, da diese Vorschrift zwar auf Leistungen und dingliche Verfügungen über das im Grundbuch eingetragene Recht, nicht aber auf Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Verträgen in Ansehung des Rechts, die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) für entsprechend anwendbar erklärt. Sonach erweist sich aber auch der ‚Um-so-mehr'-Schluß des Ber.-Richters auf den nach seinen Feststellungen tatsächlich vorliegenden Fall, daß die Vereinbarung vor der Abtretung stattgefunden hat, als unzutreffend. Es kann sich daher nur fragen, ob für diesen Fall die Entscheidung des Ber.-Richters aus andern Gründen gerechtfertigt sei.

Nach den Feststellungen des Ber.-Richters hat der Erblasser der Beklagten die Hypothek in rechtswirksamer Weise erworben. Dann kann ein rein schuldrechtlicher Anspruch des G. gegen E. auf Löschung der Hypothek gegen ihn überhaupt nicht geltend gemacht werden, da schuldrechtliche Verpflichtungen auf den, der ein dingliches Recht durch Sonderrechtsnachfolge erwirbt, ohne Schuldübernahme nicht übergehen. Es ist deshalb rechtsirrig, wenn der Ber.-Richter von der Annahme aus, daß die Klage auf einen solchen persönlichen Anspruch des G. aus dem mit E. abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrage gestützt sei, zur Zusprechung der Klage gelangt ist. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 15. April 1916. Kl. Erben (Bkl.) w. K. (KG. Berlin). V. 46/16.

---

257. Pflegerbestellung im Verfahren zur Versetzung eines Beamten in den Ruhestand.

BGB. § 1910; RBG. § 62.

Diese Anordnung einer Pflegschaft untersteht nicht dem bürgerlichen Recht. Es ist eine Maßregel, die entgegen der Pflegschaft des bürgerlichen

Rechts nicht in erster Reihe das Wohl des Pflegebefohlenen verfolgt, sondern vornehmlich vorgesehen ist, um die Durchführung eines zum öffentlichen Nutzen dienenden Verfahrens zu erleichtern. Auf solche öffentlichrechtliche Verhältnisse ist das Bürgerl. Gesetzbuch nicht anwendbar. Weder bedarf es der Einwilligung des Beamten nach § 1910 BGB. für den Fall, daß eine Verständigung mit ihm möglich ist, noch muß die Pflegschaft gemäß § 1920 BGB. wieder aufgehoben werden, wenn er es verlangt (KGJ. 30A, 28 = RJA. 6, 2; DJZ. 1916, 910).

Das Verfahren selbst wird von der vorgesetzten Dienstbehörde nach deren pflichtmäßigem Ermessen gegen den Beamten eingeleitet und durchgeführt; der Rechtsweg ist ausgeschlossen. Deswegen hängt auch die Bestellung eines Pflegers nach § 62 RBG. lediglich davon ab, ob die vorgesetzte Dienstbehörde sie für notwendig erachtet. Eine gerichtliche Nachprüfung dieser Einzelheit des Verfahrens widerspräche der uneingeschränkten Machtbefugnis, mit der die Verwaltungsbehörde die sachliche Entscheidung darüber zu treffen hat, ob der Beamte zwangweise in den Ruhestand zu versetzen ist.

Allerdings kann die Verwaltungsbehörde das Gericht darum angehen, einen Pfleger zu bestellen. Aber dann fällt dieses Verfahren aus dem Rahmen des Beamtengesetzes heraus. Es ist eine gewöhnliche Pflegschaft des bürgerlichen Rechts, die das Gericht wie von Amts wegen, so auch auf Anregung der Verwaltungsbehörde erwägen kann. Es entscheidet darüber nach selbständiger Prüfung, ob die Voraussetzungen einer Pflegschaft vorliegen, und unabhängig von der Ansicht der Verwaltungsbehörde, die Pflegschaft sei nötig. Dabei kann das Gericht die Pflegschaft nach seinem Befinden auch auf einen bestimmten Kreis der Angelegenheiten des Pflegebefohlenen beschränken. Wird eine solche Pflegschaft eingerichtet, so wird die Anordnung der besonderen Pflegschaft des § 62 RBG. überflüssig. Aber für diese gerichtliche Pflegschaft des bürgerlichen Rechts sind dann auch die §§ 1910. 1920 BGB. zu beachten. So hat das Amtsgericht die Sache behandelt und durfte sie behandeln; darin ist keine Gesetzesverletzung zu finden.

Dagegen ist die Mitwirkung der Gerichte bei der Anordnung der besonderen, öffentlichrechtlichen Pflegschaft aus § 62 RBG. ausgeschlossen. So hat das Landgericht jetzt und schon früher entschieden, und dem hat sich die elf.-lothr. Justizverwaltung angeschlossen (Samml. 13, 303). Diese Pflegerbestellung ist Verwaltungssache wie das ganze übrige Verfahren der §§ 62ff. RBG. und wie die darin zu treffende Endentscheidung. Die Gerichte haben bei den nicht streitigen Angelegenheiten des öffentlichen Rechts nur mitzuwirken, wo das Gesetz es vorschreibt (§ 13 elf.-lothr. AusfG. z. FGG.). Für den vorliegenden Fall gibt es keine solche gesetzliche Vorschrift. Der § 38 FGG., auf den das Kammergericht sich für seine gegenteilige Ansicht beruft (a. a. O.), kann freilich bei seiner allgemeinen Fassung auch von andern Pflegschaften als denen des § 1910 BGB. verstanden werden; aber er regelt nur die örtliche Zu-

ständigkeit der Gerichte und setzt voraus, daß überhaupt die Gerichte zuständig sind.

Der Vorlage der Sache an das Reichsgericht gemäß § 28 FGG. bedarf es nicht, da der § 62 RVG. hier nur als Landesgesetz in Frage kommt."

Beschluß des OLG. zu Colmar (Feriensenat) v. 8. Sept. 1916. I X. 30/16.
L—ch.

---

258. Das Nachlaßgericht hat kein Beschwerderecht gegen die Ablehnung einer Pflegerbestellung.

BGB. §§ 1913. 2262; FGG. §§ 20. 57[3].

Das Nachlaßgericht gelangte bei Eröffnung eines Testaments zu der Ansicht, daß noch unbekannte Erben bedacht seien. Um diesen nach § 2262 BGB. den Inhalt des Testaments bekanntgeben zu können, ersuchte es das zuständige Vormundsch.-Gericht um Bestellung eines Pflegers für die unbekannten Erben. Das Vormundsch.-Gericht lehnte ab; die Beschwerde des Nachlaßgerichts wurde wegen mangelnden Beschwerderechts zurückgewiesen, ebenso die weitere Beschwerde. Aus den Gründen:

„— — — Ein Recht zur Einlegung der Beschwerde steht dem Nachlaßgericht nicht zu. Ein solches könnte nur auf § 20 oder § 57 Nr. 3 FGG. gestützt werden. Was § 20 angeht, so müßte ein eigenes ‚Recht' des Nachlaßgerichts durch die ablehnende Verfügung des Vormundsch.-Gerichts beeinträchtigt sein. In dieser Beziehung käme nur § 2262 BGB. in Betracht, wonach das Nachlaßgericht die Interessenten von dem sie betreffenden Testamentsinhalt zu benachrichtigen hat. Aber dies ist eine Pflicht und kein Recht des Nachlaßgerichts. Es hat kein Recht darauf, daß die Benachrichtigung ermöglicht wird, und hat keinen Anspruch darauf, daß das Vormundsch.-Gericht so verfährt, wie das Nachlaßgericht es wünscht (KGJ. 32 A, 106). Es ist auch nicht richtig, daß, wie das Nachlaßgericht anführt, die Weigerung der Pflegschaftsbestellung ihm die Erfüllung seiner Pflichten unmöglich mache. Die Pflicht aus § 2262 BGB. geht nur auf Inkenntnissetzung der dem Nachlaßgericht bekannten Beteiligten und, soweit sie ihm nicht bekannt sind, auf Erkundigung (RGEntsch. 69, 274; BGB. von RGRäten[2] Anm. 1 zu § 2262). Im vorliegenden Fall genügt das Nachlaßgericht seiner Pflicht, wenn es die Bestellung eines Pflegers für die Abkömmlinge bei dem Vormundsch.-Gericht in Anregung bringt und, wenn ein Pfleger bestellt ist, die Bekanntmachung (§ 2262 BGB.) an diese bewirkt. Die Prüfung der Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflegers ist aber ausschließlich Sache des Vormundsch.-Gerichts. Lehnt das letztere die Bestellung ab, so hat das Nachlaßgericht das Seinige getan, und es kann schon deshalb von einer Beeinträchtigung des Nachlaßgerichts in seinen Aufgaben durch die Ablehnung keine Rede sein. Es liegt daher der im KGJ. 37A, 127 behandelte Fall, daß das Nachlaßgericht durch die Weige-

rung des anderen Gerichts ‚an der Erfüllung seiner amtlichen Aufgaben verhindert wird‘, überhaupt nicht vor. Auch auf den Gesichtspunkt, daß die beschwerdeführende Behörde zur Wahrnehmung der betreffenden Angelegenheit im öffentlichen Interesse berufen sei (RGEntsch. 60, 196, in SeuffA. 61 Nr. 56; KGJ. 21A, 181; 34A, 134), kann das Beschwerderecht hier nicht gestützt werden. Denn die Wahrnehmung der Rechte der am Nachlasse Beteiligten liegt grundsätzlich diesen selbst und, wenn sie zur eigenen Wahrnehmung ihrer Rechte nicht in der Lage sind, dem Vormundsch.-Gericht ob, das selbständig darüber zu befinden hat, ob ein Bedürfnis für die Bestellung eines Pflegers vorliege. Im Rahmen des § 2262 BGB. hat freilich auch das Nachlaßgericht für die Interessen der Beteiligten zu sorgen. Aber dieser Rahmen reicht eben, wie hervorgehoben, im vorliegenden Falle nur so weit, die Bestellung eines Pflegers anzuregen und, im Fall seiner Bestellung, diesen von dem betreffenden Testamentsinhalt in Kenntnis zu setzen. Diese Anregungsbefugnis, die auch jeder Dritte hat, und die nur auf Herbeiführung der Amtstätigkeit des Vormundsch.-Gerichts geht, ist von einem besonderen Antragsrecht, wie es dem Nachlaßgerichte z. B. im Fall des § 83 BGB. verliehen ist, und aus welchem allerdings ein Beschwerderecht folgen würde (RGEntsch. 60 S. 197; KGJ. 34A, 135. 136), durchaus verschieden.

Nach dem Gesagten kann auch ‚ein rechtliches Interesse‘ des Nachlaßgerichts an der Bestellung von Pflegern (§ 57 Nr. 3 FGG.; vgl. KGJ. 33A, 68; 40A, 43) nicht anerkannt werden, denn auf die rechtlich geordneten Beziehungen des Nachlaßgerichts ist die Ablehnung der Pflegschaft in keiner Weise einzuwirken imstande. Sie berührt Rechte des Nachlaßgerichts in keiner Weise.“

Beschluß des KG. Berlin v. 8. Okt. 1915. RJA. 15, 26.

II. Verfahren.

259. Sind mehrere aus derselben unerlaubten Handlung auf Schadenersatz klagende Personen notwendige Streitgenossen?

ZPO. § 62; BGB. § 845.

Viktoria S. ist nach ihrer Behauptung dadurch zu Schaden gekommen, daß der Beklagte, als er mit seinem Kraftwagen sie und ihr Fuhrwerk, neben dem sie herging, auf der Landstraße überholte, ihr über den Fuß gefahren ist. Sie und ihre Mutter machen Ersatzansprüche gegen den Beklagten geltend. Die Mutter fordert, weil sie in der Landwirtschaft auf die Hülfe ihrer Tochter angewiesen gewesen sei und diese ihr die Hülfe nicht mehr leisten könne, eine jährliche Rente. Die Tochter fordert Schmerzengeld und ebenfalls — für die Zeit nach dem Ableben der Mutter — eine Rente.

Gegen das Urteil des Landgerichts, welches die Ansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, ist vom Beklagten Berufung eingelegt. In dem Termin zur mündlichen Verhandlung ist nur die Tochter erschienen. Der Beklagte hat gegen beide beantragt: das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, zugleich erklärend, daß er event. beantrage, gegen die Mutter im Versäumnisverfahren zu erkennen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen, indem es angenommen hat, daß die Klägerinnen notwendige Streitgenossen seien und die Mutter durch die Tochter dementsprechend in der Ber.-Instanz vertreten worden sei. Es sei, so wird ausgeführt, allein streitig, ob der Unfall durch den Kraftwagen des Beklagten herbeigeführt sei und diesen ein Verschulden treffe, die Einzelansprüche der Klägerinnen seien in 1. wie in 2. Instanz dem Grunde nach nicht beanstandet worden, und aus der Natur der jetzt streitigen Frage ergebe sich, daß das jetzt streitige Rechtsverhältnis den beiden Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden könne. Das wird von der Revision mit Recht beanstandet.

Richtig ist, daß die tatsächliche Grundlage der Ansprüche der beiden Klägerinnen ein und dieselbe ist, die nur entweder bestehen kann oder nicht bestehen. Aber das ist nicht ausreichend. Der Fall des § 62 ZPO. liegt zweifellos dann vor, wenn das Rechtsverhältnis so ist, daß die Entscheidung für oder gegen den einen Genossen für oder gegen den anderen auch dann maßgeblich wäre, wenn er sich am Prozeß nicht beteiligt hätte, oder wenn verlangt werden kann, daß der nicht Beteiligte hinzugezogen wird (exc. plurium litisconsortium). Es ist zuzugeben, daß die Rechtsprechung und insbesondere auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts die Anwendung des § 62 darüber hinaus auch auf andre Fälle ausgedehnt hat. Aber daran ist doch festzuhalten, daß die logische Unvereinbarkeit voneinander abweichender Entscheidungen nicht ausreicht, notwendige Streitgenossenschaft zu begründen; und daß die Identität des tatsächlichen oder rechtlichen Klagegrundes die Streitgenossenschaft zu einer notwendigen nicht macht, ergibt sich unmittelbar aus positiven Gesetzesbestimmungen, wie §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 3 BGB. Es steht denn auch nichts im Wege, daß in dem Falle, wo durch eine unerlaubte Handlung mehrere verletzt sind, die Klage des einen Verletzten einer andern rechtlichen Beurteilung unterfällt als die des andern, und daß, während der einen Klage stattgegeben wird, die andre abgewiesen wird oder umgekehrt.

Darnach hätte der Vorderrichter gegen die Mitklägerin, die auf die Berufung des Beklagten im Termin nicht erschienen war, nicht, wie geschehen, sondern nach § 542 Abs. 2 ZPO. vorgehen müssen. Es mag sein, daß die Entscheidung im Ergebnis nicht anders ausgefallen wäre, wenn der Vorderrichter so verfahren hätte, doch läßt sich das nicht beurteilen, ohne daß man damit zugleich in eine sachliche Prüfung der Vorgänge und Würdigung der erhobenen Beweise eintritt, was nicht die Aufgabe der Rev.-Instanz ist.

Vielmehr mußte die Sache zu einer nochmaligen Verhandlung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 13. Januar 1916. St. (Bkl.) w. S. u. Gen. (OLG. Augsburg). VI. 350/15.

---

260. Gegen die Abweisung des Antrags, nach § 76 Abs. 4 ZPO. von der Klage entbunden zu werden, ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Vgl. 45 Nr. 218.

ZPO. § 76.

Durch das angefochtene Zwischenurteil hat das Landgericht den Antrag des Beklagten, ihn gemäß § 76 ZPO. von der Klage zu entbinden, da er die Urkunde, deren Herausgabe von ihm verlangt wird, nur für den Benannten besitze, abgewiesen, weil die Klage nicht auf die Tatsache des Besitzes, sondern auf ein Schuldverhältnis gegründet sei (vgl. OLGRspr. 20, 300). Die hiergegen vom Beklagten rechtzeitig eingelegte sofortige Beschwerde ist unzulässig, denn es handelt sich nicht um einen Zwischenstreit einer Partei mit einem Dritten, sondern um den Streit der Parteien. Das Landgericht, welches die Verteidigung des Beklagten für nicht begründet erachtet hat, hat sie prozessual richtig durch ein Zwischenurteil gemäß § 303 ZPO. zurückgewiesen (vgl. Stein[10] zu ZPO. § 76 V. 4; Förster-Kann[3] zu § 76 Nr. 5 S. 275). Gegen ein solches Zwischenurteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben (vgl. § 512 ZPO.).

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 13. April 1916. S. w. L. Bs. Z. VI. 40/16. Nö.

---

261. Zuständigkeit des Berufungsgerichts zur Beschlußfassung über die Art einer in 1. Instanz angeordneten Sicherheitsleistung.

ZPO. §§ 108. 710; BGB. §§ 234. 235.

Die Klägerin hatte gegen den Beklagten beim Landgericht ein Urteil auf Bezahlung von 23700 *M* nebst Verzugszinsen erwirkt, das gegen Sicherheitsleistung von 25000 *M* für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde. Sie hatte alsbald bei der Hinterlegungsstelle (Kgl. Filialbank) 25000 *M* bar hinterlegt. Nachdem der Beklagte Berufung eingelegt hatte, beantragte die Klägerin beim Ber.-Gericht, auszusprechen, daß sie berechtigt sei, die hinterlegte Barsumme zu erheben, wenn sie Zug um Zug 5% Deutsche Reichsanleihe im Kurswerte von 98%, event. von 75% gerechnet hinterlege. — Das Ber.-Gericht sprach der Klägerin die Berechtigung zu, den zum Zweck der Sicherheitsleistung hinterlegten Barbetrag gegen 5% Deutsche Reichsanleihe zu drei Vierteilen des Ausgabekurswertes umzutauschen; den weitergehenden Antrag wies es zurück. Aus den Gründen:

„Das Oberlandesgericht ist zur Entscheidung zuständig.

Läge nur ein Antrag auf Gestattung des Umtausches des hinterlegten Barbetrags in 5% Deutsche Reichsanleihe zu 75% des Ausgabekurswertes vor, so käme eine Entscheidung des Oberlandesgerichts allerdings nicht in Frage. Der Antrag, der einen Antrag auf Herausgabe der hinterlegten Sicherheit enthält, wäre nach § 49 der bayer. Hinterlegungsordnung v. 18. Dez. 1899 (Ges. u. VOBl., 1033) bei dem sog. Weisungs-Amtsgericht zu stellen. Dieses müßte dem Antrag ohne weiteres stattgeben, da der Barhinterleger gemäß dem in § 108 ZPO. für anwendbar erklärten § 235 BGB. kraft Gesetzes berechtigt ist, das hinterlegte Geld in geeignete Wertpapiere umzutauschen, da ferner Deutsche Reichsanleihe gemäß den §§ 234. 1807 Nr. 2 BGB. zu den geeigneten Wertpapieren im Sinne des § 235 BGB. gehört.

Die Eingabe der Klägerin enthält aber auch den Antrag, zu gestatten, daß unter Abweichung von der Vorschrift des § 234 Abs. 3 BGB. Wertpapiere zum vollen Kurswert hinterlegt werden. Es wird also eine Entscheidung über die Art der Sicherheitsleistung begehrt. Eine solche Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung und ohne Gehör der Gegenpartei durch Beschluß des Prozeßgerichts erfolgen;

Gruchot 40, 1189; JW. 1899, 41[36]; ZZP. 17, 154; Gaupp-Stein Anm. 10 zu § 108 ZPO.

Der vom OLG. Hamburg vertretenen Anschauung (OLGRspr. 21, 104; auch Sydow-Busch Anm. 2 zu § 108 ZPO. und Gaupp-Stein Anm. 5 zu § 718 ZPO.), daß stets nur das Gericht, das die Höhe der Sicherheit bestimmt hat, zur Bestimmung der Art der Sicherheit berufen sei, vermag der Senat nicht beizutreten. Alle Entscheidungen in einem anhängigen Prozeß, für die nicht eine besondere Zuständigkeit begründet ist, sind vom Prozeßgericht zu treffen; eine besondere Zuständigkeit für die Entscheidung über die Art der Sicherheitsleistung ist im Gesetz nirgends vorgesehen, insbesondere ist der § 109 ZPO.. seinem Wortlaut nach auf Fälle der vorliegenden Art nicht anwendbar; es verbleibt also bei der regelmäßigen Zuständigkeit. Als Prozeßgericht erscheint aber nach Einlegung der Berufung das Ber.-Gericht. Richtig ist nur die in der Entscheidung des OLG. Hamburg enthaltene Bemerkung, daß § 718 ZPO. auf Entscheidungen über die Art der Sicherheitsleistung nicht zutrifft.

Sachlich kann dem Antrag auf Gestattung des Umtausches des hinterlegten Barbetrages in Deutsche Reichsanleihe zum Kurswerte von 98% nicht entsprochen werden. Eine Parteivereinbarung, die übrigens eine Entscheidung des Oberlandesgerichts überflüssig machen würde, liegt nicht vor. Ohne Parteivereinbarung ist aber der Umtausch einer erlegten Sicherheit nur nach Maßgabe der §§ 235. 234 BGB., also nur unter Zugrundelegung von drei Vierteilen des Kurswertes der an Stelle der Barsicherheit tretenden Wertpapiere zulässig. Für die Berechnung ist nach § 2 Bkm. über die Sicherheitsleistung

mit Wertpapieren v. 22. Dezember 1914 (RGBl. 541) der Ausgabekurs maßgebend."

Beschluß des OLG. München (1. Sen.) v. 5. Juni 1916. F. w. W. — L. 285/16. F—z.

---

262. Verfahren zwecks Rückgabe einer Sicherheit für die vorläufige Vollstreckung.

Vgl. 69 Nr. 113 m. N.
ZPO. §§ 109. 715.

Nachdem das gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil des Landgerichts durch das die Berufung verwerfende Urteil bestätigt und dieses Ber.-Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, ist allerdings die Veranlassung für die Sicherheitsleistung, von der das 1. Urteil die vorläufige Vollstreckbarkeit abhängig gemacht hatte, weggefallen. Für die Anordnung der Rückgabe gilt aber nicht das vereinfachte Verfahren aus § 715 ZPO., das die Vorlegung eines Rechtskraftzeugnisses voraussetzt, sondern das in § 109 ZPO. angeordnete Beschlußverfahren. Der Beschwerdeführer wird daher dieser Bestimmung gemäß zunächst eine Fristbestimmung gegen den Beklagten zu erwirken haben, sein Antrag auf sofortige Anordnung der Rückgabe ist mit Recht vom Landgericht zurückgewiesen worden.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 16. Juni 1916. W. w. Kr. Bs. V. 45/16. B.

---

263. Der gerichtlich bestellte Vertreter eines Kriegsteilnehmers kann die Vertretung nicht niederlegen.

ZPO. §§ 247. 79.

Dem im Felde stehenden Beklagten war auf Antrag der Kläger der Rechtsanwalt H. auf Grund des § 1 BO. v. 14. Januar 1915 vom Landgericht zum Vertreter bestellt worden. Dieser Vertreter hatte dann gegen das den Beklagten verurteilende Erkenntnis Berufung eingelegt. Tags vor dem auf den 23. August 1916 anberaumten Verhandlungstermin zeigte der Vertreter dem Ber.-Gericht an, daß er die Vertretung des Beklagten niederlege und im Termin nicht erscheinen werde. Im Termin waren nur die Ber.-Beklagten vertreten. Ihr Anwalt beantragte, die eingelegte Berufung durch Versäumnisurteil zu verwerfen. Dem Antrage wurde stattgegeben. Gründe:

„Der Antrag der Ber.-Beklagten auf Erlassung eines Versäumnisurteils gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht erschienenen Ber.-Kläger hätte zurückgewiesen werden müssen, wenn der vom Gericht dem Beklagten bestellte Vertreter die Vertretung befugtermaßen niedergelegt hätte, der Beklagte mithin ohne Vertreter wäre und demgemäß

das Verfahren nach § 2 Ges. v. 4. August 1914 als unterbrochen zu gelten hätte. Eine Unterbrechung des Verfahrens ist aber nicht eingetreten. Der einem Kriegsteilnehmer nach § 1 VO. v. 14. Januar 1915 zur Wahrnehmung seiner Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreit bestellte Vertreter, welcher die Vertretung übernommen hat, kann sein Amt nicht niederlegen. Er kann nur unter Darlegung der Gründe seine Entlassung aus dem Amte beim Gericht beantragen. Das folgt aus der rechtlichen Stellung des Vertreters, welcher nicht Bevollmächtigter, sondern gesetzlicher Vertreter des Kriegsteilnehmers kraft richterlicher Bestallung ist.

Da die Erklärung des Vertreters, daß er die Vertretung niederlege, wirkungslos war, das Vertreteramt vielmehr fortdauert und mithin das Verfahren nicht unterbrochen ist, mußte dem Antrage der Kläger auf Versäumnisurteil gemäß §§ 330. 542 Abs. 1 ZPO. entsprochen werden. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (Fer.-Sen.) v. 28. Aug. 1916. L. u. Gen. (Kl.) w. A. Bf. III. 288/16. B.

---

264. Berechtigung des Kaufmanns zur Verweigerung der Aussage über seine Bezugsquellen.

Vgl. 49 Nr. 213; 66 Nr. 21 und 107 m. N.
ZPO. § 384 Nr. 3.

Es handelt sich um die Berechtigung des Zeugen, seine Aussage darüber zu verweigern, ob und in welchem Umfange er gewisse Warensorten von der Klägerin bezogen habe. Der Zeuge hat erklärt, daß er mit der Beklagten im schärfsten Wettbewerbe stehe und die Offenlegung seiner Bezugsquelle sowie die Angabe der Höhe seines Einkaufs ihm geschäftlich erheblichen Schaden zufügen könne. Er hat vor dem Beschwerdegericht seinen Standpunkt weiter dahin erläutert, daß die ihm infolge früherer Streitigkeiten besonders unfreundlich gesinnte Beklagte, wenn sie den Umfang seines Geschäfts genauer erfahre, über die Bedeutendheit oder Geringfügigkeit seines Geschäfts Angaben machen könne, welche ihm in seinem Kundenkreise schaden würden; der beiderseitige Absatzbezirk sei der gleiche. Wenn er aber gar genötigt werde, die besonderen, von ihm bezogenen Warensorten anzugeben, so bestehe die Gefahr, daß sich die Beklagte gerade auf den Handel mit diesen Sorten werfen und ihn durch Unterbieten daraus verdrängen werde.

Diese Darlegungen des Zeugen sind nach ihrer tatsächlichen Grundlage nicht von der Beklagten bekämpft worden und rechtlich geeignet, den Zeugen zur Verweigerung seiner Aussage zu berechtigen. Die Aufdeckung einer Bezugsquelle und der Umfang des betreffenden Bezuges können für den Kaufmann den Gegenstand eines gewerblichen Geheimnisses bilden. Daß ihre Offenbarung im vorliegenden Fall eine Schädigung des Zeugen zur Folge

haben kann, leuchtet angesichts der vom Zeugen vorgetragenen Erwägungen ein. — — —

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 23. März 1916. J. N. w. M. & Schw. Bs. Z. VI. 24/16. Nö.

265. Ein über die Schuldfrage abgeleisteter Schiedseid beweist die beschworene Tatsache auch für die Scheidungsfrage.

Vgl. 51 Nr. 156 m. N.; 54 Nr. 263.

ZPO. §§ 617. 463.

Der Vorderrichter hat die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen, durch welches die Ehe der Parteien geschieden und die Beklagte für den schuldigen Teil erklärt worden ist. Er hat festgestellt, daß die Beklagte im Sommer 1913 den Kläger fortgesetzt dadurch verleumdet hat, daß sie ihn grundlos und wider besseres Wissen eines unzüchtigen, eine gröbliche Verletzung seiner Dienststellung enthaltenden Treibens bei seinen Vorgesetzten und den andern Mitbediensteten sowie bei der Polizei beschuldigt und dabei lediglich aus Gehässigkeit und in der Absicht gehandelt hat, den Kläger in schonungslosester Weise bloßzustellen und ihm zu schaden. Mit dieser Feststellung war zugleich die Behauptung der Beklagten erledigt, daß der Kläger mit einer Lina A. fortgesetzt Unzucht getrieben habe. In 1. Instanz hatte die Beklagte auf Grund dieser Behauptung auch ihrerseits Widerklage auf Scheidung der Ehe erhoben, sodann aber die Widerklage aufgebend und nur den Antrag aufrechterhaltend, den Kläger eintretendenfalls für den schuldigen Teil zu erklären, diesem über ihre Behauptung den Eid zugeschoben, den dieser angenommen und auf Grund Beweisbeschlusses dahin geleistet hat, daß er nicht mit der Lina A. ein Liebesverhältnis unterhalten oder geschlechtlich verkehrt habe. In 2. Instanz hat die Beklagte die Widerklage auf Scheidung der Ehe und wegen Ehebruchs wieder aufgenommen und durch Benennung von Zeugen unter Beweis gestellt. Der Vorderrichter hat weitere Beweise nicht erhoben. — — — Seine Entscheidung ist schlüssig begründet und erweist sich als frei von Rechtsirrtum.

Durch den Eid des Klägers ist der volle Beweis erbracht, daß er mit der A. weder Geschlechtsverkehr gepflogen noch überhaupt ein Liebesverhältnis unterhalten hat. Die Eideszuschiebung war zulässig, nachdem die Beklagte die Widerklage hatte fallen lassen und ihre Behauptung nur noch der Begründung des Antrages diente, den Kläger für den Fall, daß die Ehe geschieden werden sollte, für mitschuldig zu erklären (JW. 1891, 272[7]; 1899, 606[1]; 1905, 114[13]). Nachdem aber der Kläger den Eid geleistet hat, ist der Beweis des Beschworenen erbracht. Wenn die Revision den Standpunkt vertritt, daß die gesetzliche Wirkung der Eidesleistung nach § 463 ZPO. nur für die Entscheidung über die Schuldfrage eintrete, daß aber gegenüber der

Widerklage auf Ehescheidung der Richter die Bedeutung der Eidesleistung hätte frei würdigen müssen und die Erhebung der durch Benennung von Zeugen angetretenen Beweise nicht unter Berufung auf die formale Beweiskraft des Eides hätte ablehnen dürfen, so ist allerdings in Fällen wie diesem dann für freie Beweiswürdigung Raum, wenn der Eid verweigert ist;

RGEntsch. 34, 351; 43, 422; in SeuffA. 51 Nr. 156 und 54 Nr. 263.

Wesentlich anders liegt es aber, wenn es zur Eidesleistung gekommen ist und damit die Partei eine Erklärung abgegeben hat, die, wenn sie unwahr sein sollte, nur unter Verletzung der Eidespflicht abgegeben sein könnte. Hier kommt die Absicht der Prozeßnorm, daß der Parteieid nicht der freien Würdigung des Richters unterliegen und daß er nicht durch einfachen Gegenbeweis soll entkräftet werden können, zur Geltung. Wenn es auf diese Weise zur Entscheidung über den Anspruch auf Scheidung der Ehe auf Grund eines Parteieides kommt, so beruht das auf der freien Entschließung des Gegners, der sich der Eideszuschiebung bedient und dabei mit der Möglichkeit rechnen mußte, daß der Eid geleistet und damit ihm jeder weitere Beweis seiner Behauptung abgeschnitten wird. Daher war es gerechtfertigt, daß der Vorderrichter auf die Vernehmung der Zeugen nicht eingegangen ist. — — —

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 26. Jan. 1916. J. w. J. (OLG. Dresden). VI. 404/15.

---

266. Folgen des Wegfalls eines Schiedsrichters, über dessen Ernennung sich die beiden Parteien erst nach Abschluß des Schiedsvertrages geeinigt hatten.

Vgl. 46 Nr. 162; 50 Nr. 145.

ZPO. §§ 1033 Nr. 1, 1031. 1029.

Der Kläger macht geltend, der Schiedsvertrag sei gemäß § 1033 Nr. 1 ZPO. außer Kraft getreten, weil der zum Schiedsrichter bestimmte Deichbaumeister R. infolge seiner Einberufung zum Heeresdienst weggefallen sei. In der Tat kann die länger währende Einberufung eines Schiedsrichters zum Kriegsdienst seinen Wegfall i. S. des § 1033 ZPO. begründen (vgl. OLG. Kiel in Seuff.A. 71 Nr. 243; OLG. Hamburg in LeipzZ. 1915, 561), und wenn der Wegfall einmal eingetreten und der Schiedsvertrag dadurch aufgehoben ist, wird diese Aufhebung nicht dadurch wieder beseitigt, daß der Schiedsrichter später infolge von Umständen, mit denen nicht von vornherein zu rechnen war, wieder aus dem Heeresdienst ausgeschieden ist. Allein eine Aufhebung des Schiedsvertrages wegen Wegfalls des Schiedsrichters gemäß § 1033 Nr. 1 ZPO. findet nur statt, wenn bestimmte Personen in dem Schiedsvertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind.

Im vorliegenden Fall besteht kein Streit darüber, daß in dem ursprünglichen Schiedsvertrage noch kein bestimmter Schiedsrichter ernannt war. Erst nachträglich haben sich die Parteien auf R. als Schiedsrichter geeinigt. Diese nachträgliche Einigung kann eine doppelte Bedeutung haben:

Entweder wurde dadurch der bisherige Schiedsvertrag inhaltlich abgeändert und zwar dahin, daß nur dieser nachträglich Bestimmte als Schiedsrichter tätig sein solle. Alsdann ist der Fall des § 1033 ZPO. gegeben, und es erscheint gleichgültig, ob die bestimmte Person in dem ursprünglichen Schiedsvertrage oder in einer späteren abändernden Vereinbarung ernannt ist.

Oder die nachträgliche Einigung hatte nur die Bedeutung, daß lediglich über die Art der Ausführung des Schiedsvertrages eine Einigung zustandekam, ohne daß der Schiedsvertrag als solcher geändert werden sollte.

Das Reichsgericht hat nach Lage der Umstände bald die eine, bald die andre Auslegung bevorzugt (vgl. einerseits JW. 1892 ,95; anderseits SeuffA. 46 Nr. 162). Das Ber.-Gericht ist — in Übereinstimmung mit dem Landgericht und mit Seuffert ZPO. Anm. 1 zu § 1033 (vgl. dagegen Stein Anm. I zu § 1033) — der Ansicht, daß im Zweifel die spätere Einigung über die Person des Schiedsrichters nicht die Bedeutung hat, daß nun dieser Schiedsrichter in Abänderung des ursprünglichen Vertrages als der im Vertrage Ernannte zu gelten hätte.

Der Grundgedanke des § 1033 geht dahin, daß, wenn die Parteien sich nur einem bestimmten Schiedsrichter unterworfen haben, nicht festgestellt werden kann, daß sie sich im Falle seines Wegfalls auch einem andern Schiedsrichter hätten unterwerfen wollen. Der im Vertrage bestimmte Schiedsrichter kann eine solche Vertrauensperson gewesen sein, daß die Parteien sich nur seinem persönlichen Urteil unterordnen wollten; mit seinem Wegfall ist daher die Erfüllung des Schiedsvertrages unmöglich geworden, und der Vertrag verliert seine Wirksamkeit. Haben aber die Parteien zunächst allgemein schiedsrichterliche Entscheidung vereinbart und sich später über einen bestimmten Schiedsrichter geeinigt, so steht fest, daß die Schiedsvereinbarung an sich von der Person eines bestimmten Schiedsrichters unabhängig war, und es bleibt daher trotz des Wegfalls des später ernannten Schiedsrichters sehr wohl die Einigung über die schiedsrichterliche Vereinbarung als solche feststellbar; es liegt kein Grund vor, nun die ganze Schiedsvereinbarung lediglich deshalb außer Kraft treten zu lassen, weil es den Parteien gelungen war, sich über die Person des Schiedsrichters zu einigen. Eine solche Auslegung würde dahin führen, die sachlich erwünschte Einigung über den Schiedsrichter den Beteiligten als gefährlich erscheinen zu lassen, da sie den Bestand des Schiedsvertrages in Frage stellen könnte. Solange nicht die Parteien zu erkennen geben, daß sie den ursprünglichen Schiedsvertrag inhaltlich abändern wollen, hat die Einigung über die Person des Schiedsrichters im Zweifel nur die Bedeutung, daß der bisherige Schiedsvertrag ausgeführt wird und an Stelle der Ernennung je eines Schiedsrichters durch jede Partei eine Einigung über eine gemeinsame Ernennung des Schiedsrichters erfolgt. Fällt alsdann dieser gemeinsam ernannte Schiedsrichter weg, so tritt nicht die Folge des § 1033, sondern nur die des § 1031 ZPO. ein: jede Partei hat

an Stelle des weggefallenen Schiedsrichters auf Aufforderung des Gegners einen neuen Schiedsrichter zu bestellen.

Im vorliegenden Fall liegt nichts dafür vor, daß mit der Einigung über die Ernennung des R. der Schiedsvertrag inhaltlich abgeändert werden sollte. Der Kläger ist vielmehr im Gegenteil, wie seine Erklärung vom 2. Juli 1915 erkennen läßt, selbst davon ausgegangen, daß an Stelle des weggefallenen R. ein andrer Schiedsrichter zu ernennen sei.

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 21. März 1916. L. w. M. U II. 180/15. M—n.

267. Zulässigkeit einer Leistungsklage gegen Schuldner, die unter Geschäftsaufsicht stehen.

KO. §§ 12. 14; BRVkm. v. 8. August 1914 § 5.

Unter den Parteien ist streitig, ob die an sich zugegebene Wechselforderung während der über den Beklagten verhängten Geschäftsaufsicht durch Leistungsklage geltend gemacht werden könne. Das Landgericht hat dies verneint und die Klage abgewiesen, weil während der Geschäftsaufsicht die Fälligkeit mangle. Dem vermag der Senat nicht beizutreten.

Aus der Vkm. v. 8. August 1914 (RGBl. 363 § 5) ergibt sich nur, daß die gerichtliche Geltendmachung nicht bevorzugter Forderungen durch Arrest und Zw.-Vollstreckung ebenso untersagt ist wie die Konk.-Eröffnung. Dieses Verbot entspricht dem § 14 Abs. 1 KO. Dagegen fehlt eine dem § 12 KO. entsprechende Vorschrift, wonach die Gläubiger ihre Forderungen nur nach Maßgabe des Aufsichtsverfahrens verfolgen könnten; dieser Lücke entspricht die Belassung der Verfügungsfähigkeit beim Beaufsichtigten, dessen Zahlungen im Gegensatz zu §§ 6ff. KO. wirksam sind, auch wenn sie gegen den Widerspruch der Aufsichtsperson erfolgen, denn § 7 Abs. 2 Vkm. enthält nur eine Sollvorschrift im Verhältnis zwischen Schuldner und Aufsichtsperson. Wollte der Bundesrat die Klagestellung als solche (nicht bloß Arrest und Zw.-Vollstreckung) verbieten, so lag die Aufnahme einer dem § 12 KO. entsprechenden Vorschrift so nahe, daß die Unterlassung als entscheidend erachtet werden muß. Dies um so mehr, als es sich um ein Ausnahmegesetz handelt, die gegenteilige Auffassung auch weitere Normen über Prozeßunterbrechung, Verzinsung und Aufrechnung (Recht 1916, 462; Leipz.Z. 1916, 177) erfordert hätte und der jetzigen Art der Abfassung von Gesetzen eine besondere Gestattung der an sich nicht ausdrücklich verbotenen Klagestellung, wie sie der Beklagte fordert, völlig fremd wäre. Dem Schuldner steht als Schutz sohin nur die Einwendung aus § 766 ZPO. zu, falls aus einem bereits vorhandenen oder nachträglich erwirkten Vollstreckungstitel die Vollstreckung trotz des § 5 Vkm. betrieben werden soll. Ob diese Regelung aus der Menge der an sich zum Schutze des Schuldners zur Verfügung stehenden Mittel zutreffend gewählt wurde und ob sie genügt, hat nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber zu entscheiden. Daß die hier vertretene Ansicht nicht unerträg-

lich ist, ergibt sich schon daraus, daß der Bundesrat die Verordnung über die Geschäftsaufsicht seit Kriegsbeginn unverändert gelassen hat, obwohl die bislang herrschende Rechtsprechung der oben dargelegten Auffassung des Senats entsprochen hat;

vgl. LeipzZ. 1915, 1115 und JW. 1915, 1377 (OLG. Dresden); KGBl. 1915, 107 (Kammergericht); Recht 1915 Nr. 332 (OLG. Düsseldorf); OLGRspr. 30, 369 Note 1 und 31, 388 (OLG. Posen und Frankfurt); Wassermann-Erlanger Kriegsgesetze[2] 191 und die dortigen Anführungen.

Der abweichenden Rechtsprechung des 1. Zivils. des OLG. Dresden (OLG.-Rspr. 31, 389 und JW. 1916, 866) kann sohin nicht gefolgt werden.

Auf die gelegentliche Bezeichnung der Verordnung als Moratorium oder Stundung in der Entscheidung des Reichsgerichts v. 26. Mai 1916 (JW. 1021[10]) kann sich Beklagter nicht berufen; denn ein abgeschwächtes Moratorium liegt auch im Vollstreckungsverbot und außerdem handelt es sich dort um die Entscheidung einer ganz anderen Frage (Konkursvorrecht der Aufsichtsperson für ihre Entlohnung), die durch diese gelegentliche Bemerkung nicht getragen wird. Am allerwenigsten vermag sich der Senat der Unterstellung anzuschließen, als ob die Kriegsverordnungen in solcher Eile und Flüchtigkeit abgefaßt worden seien, daß das Fehlen wichtiger Vorschriften erklärlich sei. Für diese Unterstellung fehlt jeder Anhalt; es muß vielmehr angenommen werden, daß die Vorbereitung des Kriegszustands für die Rechtspflege pflichtgemäß ebenso von langer Hand geordnet war und auf dem Laufenden gehalten wurde, wie dies für die militärische Vorbereitung als selbstverständlich gilt.

Demgemäß war der Berufung des Klägers stattzugeben und der Beklagte zur Bezahlung der Wechselsumme zu 2250 *M* nebst Zinsen und Spesen zu verurteilen. Die Kosten beider Instanzen treffen nach §§ 91. 97 ZPO. den nunmehr unterlegenen Beklagten. — — — Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Ber.-Urteils entspricht dem § 708 Nr. 4 und 7 ZPO. Ein materieller Vorbehalt entsprechend dem Vollstreckungsverbot des § 5 Bkm. kommt nicht in Frage, denn der Schuldner kann die Vollstreckung während der Geschäftsaufsicht nötigenfalls durch Vorweisung des Gerichtsbeschlusses über ihre Verhängung entsprechend dem § 775 ZPO. ohne weiteres hindern und weiterhin Einwendungen nach § 766 ZPO. erheben. Ein materieller Vorbehalt wäre nur veranlaßt, wenn die Bekanntmachung ein materielles Zahlungshindernis oder ein Klageverbot wie die Konkursordnung enthielte. Das ist aber nach den obigen Ausführungen gerade nicht der Fall. Dieser Unterschied wird auch von Wassermann-Erlanger a. a. O. 193 und von den bei Soergel Kriegsrechtspr. 121 aufgeführten Entscheidungen verkannt, während das Landgericht Karlsruhe (Recht 1915, 171 Nr. 324) die richtige Auffassung vertritt.

Urteil des OLG. München (Feriensenat) v. 23. Aug. 1916. L. w. F. M. 434/16. F—z.

Register

über

den 16. Band der dritten Folge (der ganzen Reihe 71. Band) des Archivs für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

(Die Zahlen bedeuten den Platz in der Aufeinanderfolge, die Nummer.)

Erster Teil.

Bürgerliches Recht.

I. Die allgemeinen Lehren.

1. Die Rechtsregeln.

A. Gesetzliches Recht.

Richterliche Prüfung der Verfassungmäßigkeit eines Reichsgesetzes. 153.

B. Wirksamkeit des Rechts.

a) Zeitliche Wirksamkeit.

Verjährungsfrist, wenn die Verjährung unter dem GewUnfVersGesetze begonnen und unter der RVersOrdnung vollendet wurde. 85.

b) Örtliche Wirksamkeit (Statutenkollision).

Aussichtlosigkeit einer Ehescheidungsstreitigkeit zwischen katholischen österreichischen Staatsangehörigen vor deutschen Gerichten. 175.

Vereinbarung eines ausländischen Schiedsgerichts; nach welchem Recht haben die Schiedsrichter zu entscheiden? 103.

2. Personen.

A. Natürliche Personen (BGB. §§ 1—20).

§ 6 Nr. 1. Für die Ehescheidung wegen Geisteskrankheit sind die Voraussetzungen einer Entmündigung und der Geschäftsunfähigkeit unerheblich. 235.

§ 7. S. bei § 9.

§ 9. Der in Kriegszeiten zum Dienst einberufene Landsturmmann dient nur zur Erfüllung der Wehrpflicht. 104.

B. Juristische Personen (§§ 21—89).

§ 29. Wie kann der Liquidator einer Gesellschaft m. b. H. die Löschung seiner Eintragung erwirken? 192.

§ 54. Können einzelne Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins für ihn klagen? 77.

§§ 67 ff. Über das Recht des Registerrichters, die Gültigkeit des Anmeldungsinhalts zu prüfen. 30.

3. Sachen.

A. Beschränkt verkehrsfähige Sachen.

Auch das künstlich verengerte Bett eines öffentlichen Flusses wächst gemeinrechtlich dem angrenzenden Grundstücke zu. 1.

B. Verkehrsfähige Sachen (§§ 90—103).

§§ 93 ff. Eigentumsverhältnisse an unterirdischen Gas- und elektrischen Leitungen. 78. — Rohrnetz einer Gasanstalt, ob Bestandteil des Anstaltsgrundstücks? 2.

§ 97. Die zur Verarbeitung bestimmten Rohstoffe sind nicht Zubehör des Fabrikgrundstücks (anders Kohlen und Baumittel). 105.

4. Rechtsgeschäfte.

A. Geschäftsfähigkeit (§§ 104—115).

§ 104 Nr. 2. Für die Ehescheidung wegen Geisteskrankheit sind die Voraussetzungen einer Entmündigung und der Geschäftsunfähigkeit unerheblich. 235.

§ 105. Nichtigkeit der Verträge eines Geschäftsunfähigen, auch wenn sie ihm nicht nachteilig sind. 52.

§ 114. Haftet der wegen Geisteskrankheit entmündigte Besitzer bei Einsturz eines Werkes für Verschulden seines Vormunds oder aus § 829 BGB.? 59.

B. Willenserklärung (§§ 116—144).

§ 117. Gutgläubiger Erwerb einer urkundlichen Scheinforderung; darf der Schuldner mit Forderungen an den Scheingläubiger aufrechnen? 246. — Die Abtretung zur Einziehung hat dingliche Wirkung, doch bleibt die Forderung sachlich bei dem Abtretenden. 159.

§ 123. Einfluß der heimlichen Begünstigung eines Gläubigers auf einen allgemeinen Schuldvergleich. 225.

§ 126. Eigenhändiges Testament in Briefform; es kann die Unterzeichnung nur mit dem Vornamen genügen. 141. — Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung einer gefälschten Wechselunterschrift. 201.

§ 133. Auslegungspflicht des Richters bei einem mehrdeutigen Vertrage. 106. — Gegenüber der Auslegungspflicht des Richters haben die Parteien keine eigentliche Beweislast. 107. — Bedeutung eines Fakturenvermerks über die Frist der Mängelanzeige. 64. — Auslegung der Voraussetzung eines Vermächtnisses, daß der Bedachte keinerlei Ansprüche an den Nachlaß mache. 21.

S. ferner bei § 157.

§ 134. Unzulässigkeit einer Verrechnung von Gehaltvorschüssen auf den unpfändbaren Gehaltsteil. 199. — Das Zahlungsverbot gegen Frankreich hindert auch die Überweisung zur Einziehung an einen deutschen Pfändungsgläubiger. 53.

§ 138. Die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten setzt beiderseitigen Verstoß voraus. 154. — Darlehn gegen Ehrenwort; Gültigkeit für den Darlehnsgeber. 111. — Ob die Verpfändung des Ehrenworts den ganzen Vertrag nichtig macht, ist Tatfrage. 54. — Kein Verstoß gegen die guten Sitten durch Zuwiderhandlung eines Mitglieds gegen einen satzungwidrigen Innungsbeschluß oder deswegen erklärten Austritt. 193. — Allgemeine Einrede der Arglist gegen den Anspruch aus einem nichtigen Bordellkauf. 163. — Unlauterer Wettbewerb durch Vertrieb von Waren, die unter Ver-

leitung von Zwischenhändlern zum Vertragsbruch erworben sind. 253. — Verstoß gegen die guten Sitten durch entgeltliche Überlassung oder Verschaffung der Leitung eines Krankenhauses? 180. — Verabredung von Unternehmern über gemeinsames Vorgehen bei öffentlichen Verdingungen; Verstoß gegen die guten Sitten? 181. — Der Beleidiger kann vertraglich zum öffentlichen Widerruf verpflichtet werden. 139.

§ 139. Ob die Verpfändung des Ehrenworts den ganzen Vertrag nichtig macht, ist Tatfrage. 54. — Darlehn gegen Ehrenwort; Gültigkeit für den Darlehnsgeber. 111.

§ 140. Das ungültige gemeinschaftliche Testament von Nichteheleuten ist auch als Einzeltestament nicht aufrecht zu erhalten. 170.

C. Vertrag (§§ 145—157).

§ 157. Auslegungspflicht des Richters bei einem mehrdeutigen Vertrage. 106. — Gegenüber der Auslegungspflicht des Richters haben die Parteien keine eigentliche Beweislast. 107. — Auslegung einer Vertragsbedingung gegen den, der sie in den Vertrag gebracht hat. 83. — Einfluß des gegenwärtigen Krieges auf einen Vertrag deutscher Firmen, durch den sie sich englischen Gerichten und englischem Recht unterwerfen. 4.

Verkauf im Auslande befindlicher Ware; wer haftet für ein Ausfuhrverbot? 156. — Auslegung der Kriegsklausel in einem Lieferungsvertrage. 224. — Auslegung der Verabredung, daß die Lieferzeit verlängert werde, wenn rechtzeitige Lieferung wegen Krieges unmöglich sei. 107. — Auslegung einer Bemerkung im Schlußschein über die Ankunftszeit der Ware. 204. — Bedeutung eines Fakturenvermerks über die Frist der Mängelanzeige. 64. — Freizeichnung von der Haftung bei Gattungskäufen. 130.

Auslegung der widerspruchvollen Ausfüllung eines Mietvertragsformulars hinsichtlich der Vertragsdauer. 137. — Erfordernisse einer Fristsetzung zur Abhülfe nach § 542 BGB. 160. — Die Vereinbarung freier Übertragbarkeit des Mietvertrags enthält keine Entlassung des ursprünglichen Mieters. 8.

Über den Einfluß der heimlichen Begünstigung eines Gläubigers auf einen allgemeinen Schuldvergleich. 225.

Feuerversicherung; Auslegung der Vertragsbestimmung, daß als Versicherungswert der Anschaffungswert gelten solle. 84. — Versicherungswert eines teilweise abgebrannten Gebäudes, dessen Aufbau baupolizeilich verhindert wird; Vertragsauslegung. 83. — Kündigung des Vertrages mit einer englischen Feuerversich.-Gesellschaft wegen des englischen Zahlungsverbots, nach der Verkehrssitte. 187. — Zum Begriff „Kriegsereignis" in den Bedingungen einer Unfallversicherungs-Gesellschaft. 10.

Bei Verschiffung cif über See, Kasse gegen Dokumente, kann nicht Abnahme im inländischen Verschiffungshafen verlangt werden. 32. — Bedeutung der Freizeichnung von Bruch und Leckage. 118. — Freizeichnung im Konnossement beim Stückgütervertrage von Verschulden des Schiffers neben dem Bekenntnis des Empfangs guter Ware. 22.

Sog. Hamburger Arbitrage; Schiedsvertrag oder Bestellung von Schiedsmännern? 110. — Vereinbarung eines ausländischen Schiedsgerichts; welches Gericht ist für die Ernennung zuständig und nach welchem Recht haben die Schiedsrichter zu entscheiden? 103.

S. ferner bei § 133.

D. Bedingung (§§ 158—162).

§ 158. Das bloße Nichteintreten einer Voraussetzung beeinflußt den Bestand des Vertrages nicht. 155. — Bedeutung einer auflösenden Bedingung beim Mäklervertrag. 248. — Hat der Handelsmäkler für die Vermittelung eines auflösend bedingten Geschäfts bei Eintritt der Bedingung einen Lohnanspruch? 113. — Einfluß der heimlichen Begünstigung eines Gläubigers auf einen allgemeinen Schuldvergleich. 225.

E. Vertretung. Vollmacht (§§ 164—181).

§ 177. Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung einer gefälschten Wechselunterschrift. 201.

F. Einwilligung. Genehmigung (§§ 182—185).

§ 184. Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung einer gefälschten Wechselunterschrift. 201.

5. Verjährung (§§ 194—225).

§ 195. Verjährungsfrist, wenn die Versicherung unter dem GewUnfVersGesetze begonnen und unter der RVersOrdnung vollendet wurde. 85.

§ 198. Verjährung des Schadensanspruchs gegen Mitglieder des Aufsichtsrats einer eingetr. Genossenschaft. 63.

§ 203. Hemmung der Verjährung durch verzögerte Entscheidung über das vom Kläger benötigte Armenrecht. 128.

§ 223. Verjährung eines Schadensanspruchs gegen den Eigentümer eines Floßes. 117.

6. Ausübung der Rechte. Selbsthülfe. (§§ 226—231).

§ 229. Darf die Eisenbahn eine Tiersendung zurückbehalten bis zur Zahlung einer von dem Begleiter geschuldeten Strafe? 116.

7. Sicherheitsleistung. (§§ 232—240).

§§ 234/5. Zuständigkeit des Ber.-Gerichts zur Beschlußfassung über die Art einer in 1. Instanz angeordneten Sicherheitsleistung. 261.

II. Recht der Schuldverhältnisse.

1. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Verpflichtung zur Leistung (§§ 241—292).

§ 242. Allgemeine Einrede der Arglist gegen den Anspruch aus einem nichtigen Bordellkauf. 163. — Die Berufung des Gläubigers auf den Fristablauf des § 326 BGB. kann gegen Treu und Glauben verstoßen. 34. — Kein Schadensanspruch des Pächters wegen Verzugs in Beseitigung eines Mangels, wenn diese zu kostspielig wird. 138. — Bei Verschiffung cif über See, Kasse gegen Dokumente, kann nicht Abnahme im inländischen Verschiffungshafen verlangt werden. 32.

§ 243. Rücktritt von einem Lieferungsvertrage wegen andauernd mangelhafter Lieferung. 135.

§ 249. Umfang des Schadens aus Erteilung einer falschen Auskunft durch eine Auskunftei. 251. — Die Frau hat Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten bei einer erlittenen Verletzung; Mitverschulden des Mannes ist einflußlos. 31. — Der Beleidiger kann vertraglich zum öffentlichen Widerruf verpflichtet werden. 139.

§ 252. Der auf Ersatz entgangenen Gewinns belangte Käufer kann nicht einwenden, daß der Verkäufer die Ware anderweit vorteilhaft verkauft habe. 129.

§ 253. Umfang des zu erstattenden Schadens aus Erteilung einer falschen Auskunft durch eine Auskunftei. 251.

§ 254. Über die Haftung für betrügerische Handlungen Angestellter bei der Vertragserfüllung. 109. — Der Beschädigte haftet für Mitverschulden seiner Hülfspersonen. 108. — Der mit Recht gekündigte Mieter haftet für Mietausfälle; Beweislast. 230. — Mitverschulden des Ehemannes ist ohne Einfluß auf den Anspruch seiner Frau auf Ersatz der Heilungskosten bei einer Verletzung. 31.

§ 260. Inhalt des durch Offenbarungseid zu bekräftigenden Verzeichnisses. 3.

§ 269. Erfüllungsort beim Distanzgeschäft; die Übernahme der Versendungsgefahr durch den Verkäufer ist regelmäßig ohne Einfluß. 202. — Gerichtsstand des Erfüllungsorts für die Rückzahlung des Kaufpreises, wenn die beanstandete Ware nach § 379 Abs. 2 HGB. versteigert und der Erlös hinterlegt worden ist. 120. — Bei Verschiffung cif über See, Kasse gegen Dokumente, kann nicht Abnahme im inländischen Verschiffungshafen verlangt werden. 32. — Gerichtsstand für die Klage auf das Honorar für erteilten Unterricht. 241.

§ 271. Auslegung einer Bemerkung im Schlußschein über die Ankunftszeit der Ware. 204.

§ 273. Darf die Eisenbahn eine Tiersendung bis zur Zahlung einer von dem Begleiter geschuldeten Strafe zurückhalten? 116.

§ 275. Unmöglichkeit der Leistung oder persönliches Unvermögen zur Leistung? 55. — Auslegung der Verabredung, daß die Lieferzeit verlängert werde, wenn rechtzeitige Lieferung wegen Krieges unmöglich sei. 107. — Kein Schadensanspruch des Pächters wegen Verzugs in Beseitigung eines Mangels, wenn diese zu kostspielig wird. 138. — Einfluß des gegenwärtigen Krieges auf einen Vertrag deutscher Firmen, durch den sie sich englischen Gerichten und englischem Recht unterwerfen. 4. — Freizeichnung von der Haftung bei Gattungskäufen. 130. — S. ferner bei § 323.

§ 278. Über die Haftung für betrügerische Handlungen Angestellter bei der Vertragserfüllung. 109. — Inwieweit haftet der Geschäftsherr für Verschulden seiner Hülfspersonen auch bei den Vertragsverhandlungen und dem Vertragschluß? 33. — Der Beschädigte haftet für Mitverschulden seiner Hülfspersonen. 108.

§ 279. Unmöglichkeit der Leistung oder persönliches Unvermögen zur Leistung? 55. — Freizeichnung von der Haftung bei Gattungskäufen. 130.

§ 280 Abs. 2. Darf auch der Käufer einer bestimmten Sache beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern? 228.

§ 285. Freizeichnung von der Haftung bei Gattungskäufen. 130.

2. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

A. Begründung und Inhalt der Verträge (§§ 305—319).

§ 313. Die dingliche Bindung der Parteien erfolgt mit der Auflassung. 131.

§ 317. Sog. Hamburger Arbitrage; Schiedsvertrag oder Bestellung von Schiedsmännern? 110. — Ist der Schiedsgutachter verpflichtet, das gegen seine Stimme abgegebene Gutachten zu unterzeichnen? 182.

B. Gegenseitiger Vertrag (§§ 320—327).

§ 321. Kündigung des Vertrages mit einer englischen Feuerversich.-Gesellschaft wegen des englischen Zahlungsverbots. 187.

§ 323. Unmöglichkeit der Erfüllung infolge Krieges? 223. — Einfluß des Krieges auf Lieferungsverträge? 157. — Die Kriegsklausel gewährt nicht ohne weiteres ein Rücktrittsrecht von einem Lieferungsvertrage. 224. — Verkauf im Auslande befindlicher Ware; wer haftet für ein Ausfuhrverbot? 156. — Hat der Krieg Einfluß auf Anstellungsverträge? 171. — S. ferner bei § 275.

§ 326. Eine Frist zu näherer Bestimmung der Ware nach § 375 Abs. 2 HGB. braucht nicht gesetzt zu werden, wenn sie zwecklos sein würde. 114. — Der Käufer ist vielleicht berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich vor Eintritt der Lieferungsfrist einzudecken. 132. — Der auf Ersatz entgangenen Gewinns belangte Käufer kann nicht einwenden, daß der Verkäufer die Ware anderweit mit Vorteil verkauft habe. 129. — Die Berufung des Gläubigers auf den Fristablauf des § 326 BGB. kann gegen Treu und Glauben verstoßen. 34.



C. Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 328—335).

§ 331. Lebensversicherung zugunsten eines Dritten; über die Pfändbarkeit des Anspruchs gegenüber dem Versicherungnehmer. 158.

D. Rücktritt (§§ 346—361).

§ 351. Der Ausschluß der Wandelung wegen Verschlechterung der Kaufsache richtet sich nach dem Zustande bei Vollziehung der Wandelung. 37.

3. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

A. Erfüllung (§§ 362—371).

§ 362. Kann der Hyp.-Gläubiger auf Grund der Zahlung zur Löschung verurteilt werden? 14.

§ 364 Abs. 2. Entstehung der Forderung bei einer Wechselverlängerung. 133.

B. Aufrechnung (§§ 387—396).

§ 387. Aufrechnung gegen ein Gesamtgläubigerverhältnis. 184. — Aufrechnung des Nachlaßschuldners gegen die Klage eines Miterben aus § 2039 BGB. mit einer Forderung an den Nachlaß. 212.

§ 394. Unzulässigkeit einer Verrechnung von Gehaltvorschüssen auf den unpfändbaren Gehaltsteil. 199.

C. Erlaß (§ 397).

§ 397. Einfluß der heimlichen Begünstigung eines Gläubigers auf einen allgemeinen Schuldvergleich. 225.

4. Übertragung der Forderung (§§ 398—413).

§ 398. Nichtigkeit der Abtretung künftiger Forderungen bei ungenügender Bestimmtheit. 183. — Erlöschen der für Güte und Einbringlichkeit einer abgetretenen Hypothek übernommenen Haftung durch Nachlässigkeit des neuen Gläubigers. 233. — Die Abtretung zur Einziehung hat dingliche Wirkung, doch bleibt die Forderung sachlich beim Abtretenden. 159. — Zulässige Ermächtigung des Abtretenden, die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des neuen Gläubigers einzuklagen. 245.

§ 399. Über Abtretung und Pfändung der Ansprüche aus dem Baugeld-Darlehnsvertrage. 134.

§ 404. Bedeutung eines vom abgetretenen Schuldner dem neuen Gläubiger gegebenen Zahlungsversprechens. 226.

§§ 405/6. Gutgläubiger Erwerb einer urkundlichen Scheinforderung; darf der Schuldner mit Forderungen an den Scheingläubiger aufrechnen? 246.

§ 407. Wird der in Unkenntnis von der Pfändung zahlende Drittschuldner von der Schuld frei? 242. — Die Unwirksamkeit späterer Leistungen an den alten Gläubiger einer abgetretenen Hypothek gilt nur für die dingliche Forderung. 256. — Unzulässigkeit der Pfändung treuhändig abgetretener Forderungen; Widerspruchsklage des neuen Gläubigers. 79.

§ 410. Die Einrede, daß die Abtretungsurkunde nicht vorgelegt sei, muß der Schuldner geltend machen. 80.

5. Schuldübernahme (§§ 414—419).

§§ 415/6. Wann war zu kündigen, wenn der Gläubiger aus der ohne seine Genehmigung übernommenen Hypothek klagen will? 227.

§ 416. Die Übernahme einer Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis gilt in der Regel als Befreiung des bisherigen Schuldners. 5.

6. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (§§ 420—432).

§ 421. Haftung in einem sog. unechten Gesamtschuldverhältnis. 151.

§ 425. Zur gemeinschaftlichen Ausübung des Berufs verbundene Anwälte haften gesamtschuldnerisch nur auf dem Berufsgebiet. 238.

§ 428. Wann liegt ein Gesamtgläubiger-Verhältnis vor? Aufrechnung gegen ein solches. 184.

§ 432. Darf der einzelne Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung zur Leistung an die Gesellschaft einklagen? 43. — Können einzelne Mitglieder für einen nicht rechtsfähigen Verein klagen? 77.

7. Einzelne Schuldverhältnisse.

A. Kauf.

a) Allgemeine Vorschriften (§§ 433—458).

§ 437. Erlöschen der für Güte und Einbringlichkeit einer abgetretenen Hypothek übernommenen Haftung durch Nachlässigkeit des neuen Gläubigers. 233.

§ 447. Die Übernahme der Versendungsgefahr durch den Verkäufer ist regelmäßig ohne Einfluß auf den Erfüllungsort beim Distanzgeschäft. 202.

§ 448. Die vom Verkäufer übernommenen Versendungskosten enthalten in der Regel nur die der gewöhnlichen Fracht. 203.

§ 455. Kein Eigentumserwerb durch Verarbeitung von Holz, woran ein fremdes Eigentumsrecht vorbehalten worden ist. 255.

b) Gewährleistung wegen Mängel der Sache (§§ 459—493).

§ 459. Ist die Ausfuhrfähigkeit eine vorausgesetzte Eigenschaft der Ware? 36. — Auslegung einer Bemerkung im Schlußschein über die Ankunftszeit der Ware. 204. — Willkürliche Beschränkungen des Umfangs einer Zeitschrift durch den Herausgeber; Ansprüche des Bestellers. 35.

§ 462. Rücktritt von einem Lieferungsvertrage wegen andauernd mangelhafter Lieferung. 135. — Der Zusatz im Antrage der Wandelungsklage „gegen Rücknahme" bleibt für den Streitwert ohne Ansatz. 145.

§ 463. Darf auch der Käufer einer bestimmten Sache beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern? 228.

§ 467. Der Ausschluß der Wandelung wegen Verschlechterung der Kaufsache richtet sich nach dem Zustande bei Vollziehung der Wandelung. 37. — Gerichtsstand des Erfüllungsorts für die Rückzahlung des Kaufpreises, wenn die beanstandete Ware nach § 379 Abs. 2 HGB. versteigert und der Erlös hinterlegt worden ist. 120.

§ 480. Freizeichnung von der Haftung bei Gattungskäufen. 130. — Rücktritt von einem Lieferungsvertrage wegen andauernd mangelhafter Lieferung. 135. — Unmöglichkeit der Erfüllung infolge Krieges? 223. — Die Kriegsklausel gewährt nicht ohne weiteres ein Rücktrittsrecht. 224.

B. Schenkung (§§ 516—524).

§ 516. Schenkungssteuer; zum Begriff der Anstandspflicht in § 56 Abs. 2 ErbschStG. 205.

§ 525. Schenkung unter Auflage? oder gegenseitiger Vertrag? 136.

C. Miete. Pacht.

a) Miete (§§ 535—580).

§ 535. Anschluß an eine Fernsprechstelle als Miete. 29.

§ 537. Einfluß der Festsetzung einer Polizeistunde auf die Miete einer Schankwirtschaft? 6. — Einschränkungen in der Benutzung einer Mietwohnung in einem Badeort durch den Krieg berechtigen weder zur Kürzung des Preises noch zu fristloser Kündigung. 81.

§ 538. Kein Schadensanspruch des Pächters wegen Verzugs in Beseitigung eines Mangels, wenn diese zu kostspielig wird. 138.

§ 542. Voraussetzungen einer Kündigung der Wohnungsmiete wegen Beleidigung des Mieters durch den Vermieter oder dessen Angehörige. 7. — Einschränkungen in der Benutzung einer Mietwohnung in einem Badeort durch den Krieg berechtigen weder zur Kürzung des Preises noch zur fristlosen Kündigung. 81. — Kündigungsrecht des Mieters; Erfordernis einer Fristsetzung zur Abhülfe. 160.

§ 544. Erfordert das besondere Kündigungsrecht aus § 544 eine Fristsetzung? 229.

§ 548. Bei Rückgabe der Mietsache in beschädigtem Zustande hat der Mieter diesen zu rechtfertigen. 56.

§ 549. Die Vereinbarung freier Übertragbarkeit des Mietvertrags enthält keine Entlassung des ursprünglichen Mieters. 8.

§ 554. Kein Kündigungsrecht des Vermieters oder Verpächters bei Rückständigkeit nur eines unerheblichen Teils einer Zinsrate. 185. — Der mit Recht gekündigte Mieter haftet für Mietausfälle; Beweislast. 230.

§ 556. Bei Rückgabe der Mietsache in beschädigtem Zustande hat der Mieter diesen zu rechtfertigen. 56.

§ 559. Vermieterpfandrecht auch an den von einem Vorerben eingebrachten Erbschaftssachen. 206. — Das Pfandrecht des Vermieters wird nicht berührt durch die vom Vollstr.-Gericht angeordnete Übertragung der gepfändeten Sachen auf den Pfändungsgläubiger. 101.

§ 561. Ist der Spediteur (Möbelfuhrmann) verpflichtet, sich bei Räumung einer Wohnung nach einem Pfandrecht des Vermieters zu erkundigen? 161.

§ 564. Auslegung der widerspruchvollen Ausfüllung eines Mietvertragsformulars hinsichtlich der Vertragsdauer. 137.

§ 573. Das Pfändungspfandrecht an einer laufenden Mieteforderung wird mit der Auflassung des vermieteten Grundstücks an den Mieter gegenstandlos. 162. — Auslegung des Art. 4 RGes. v. 8. Juni 1915 zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen. 247.

b) Pacht (§§ 581—597).

§ 581. Kein Schadensanspruch des Pächters wegen Verzugs in Beseitigung eines Mangels, wenn diese zu kostspielig wird. 138. — Kein Kündigungsrecht des Vermieters oder Verpächters bei Rückständigkeit nur eines unerheblichen Teils einer Zinsrate. 185.

D. Darlehn (§§ 607—610).

§ 607. Das Darlehn ist Realvertrag. 111. — Darlehn gegen Ehrenwort des Empfängers; Gültigkeit für den Darlehnsgeber. 111.

§ 610. Über Abtretung und Pfändung der Ansprüche aus dem Baugeld-Darlehnsvertrage. 134.

E. Dienstvertrag (§§ 611—630).

§ 611. Dienstvertrag zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber. 169. — Die dienstliche Überweisung außergewöhnlicher Aufgaben an einen Militärarzt begründet keine privatrechtlichen Ansprüche. 57. — Übernahme lebenslänglicher Haushaltführung und Pflege als Hausdame gegen eine Vergütung bis an deren Lebensende; kein Geschäft von Todes wegen. 42. — Annahme einer Musikkapelle zu abendlichen Vorträgen in einer Wirtschaft; Dienst-, nicht Werkvertrag. 38.

Pflegerbestellung im Verfahren zur Versetzung eines Beamten in den Ruhestand. 257.

§ 616. Der in Feindesland abgesperrte Handlungsgehülfe hat keinen Anspruch auf Gehalt. 231.

§ 626. Hat der Krieg Einfluß auf Anstellungsverträge? 171. — Annahme einer Musikkapelle zu abendlichen Vorträgen in einer Wirtschaft; wichtiger Kündigungsgrund für den Wirt? 38.

F. Werkvertrag (§§ 631—651).

§ 631. Verabredung von Unternehmern über gemeinsames Vorgehen bei öffentlichen Verdingungen; Verstoß gegen die guten Sitten? 181. — Annahme einer Musikkapelle zu abendlichen Vorträgen in einer Wirtschaft; Dienst-, nicht Werkvertrag. 38.

G. Mäklervertrag (§§ 652—656).

§ 652. Bedeutung einer auflösenden Bedingung beim Mäklervertrag. 248. — Hat der Handelsmäkler für die Vermittelung eines auflösend bedingten Geschäfts bei Eintritt der Bedingung einen Lohnanspruch? 113.

H. Auftrag (§§ 662—676).

§ 671. Die Abtretung zur Einziehung hat dingliche Wirkung, jedoch verbleibt die Forderung sachlich bei dem Abtretenden, der widerrufen kann. 159.

§ 675. Dienstvertrag zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber. 169. — Keine Fahrlässigkeit des Anwalts, wenn er von einer, sei es auch bestrittenen, Ansicht des Reichsgerichts ausging. 95. — Rechtsverhältnis des Treuhänders, dem Forderungen zu einem bestimmten Zweck übertragen wurden. 24. — Zulässige Ermächtigung des Abtretenden, die Forderung in eigenem Namen, aber für Rechnung des neuen Gläubigers einzuklagen. 245. — Zum Begriff des rechtlichen Interesses in § 393[4] ZPO. (Unterhändler). 219.

J. Gesellschaft (§§ 705—740).

§ 709. Können einzelne Mitglieder für einen nicht rechtsfähigen Verein klagen? 77. — Darf der einzelne Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung zur Leistung an die Gesellschaft einklagen? 43.

§ 719. Wann liegt ein Gesamtgläubiger-Verhältnis vor? Aufrechnung gegen ein solches. 184.

K. Spiel und Wette (§§ 762—764).

§ 764; BörsG. § 50. Der Spieleinwand bei Börsentermingeschäften ist nur ausgeschlossen bei genauer Einhaltung der Geschäftsbedingungen. 9.

L. Bürgschaft (§§ 765—778).

§ 765. Rechtsverhältnisse aus der Zeichnung zu einer Deckung der Kosten einer Ausstellung. 139; Unzulässigkeit der Einrede, daß der Fehlbetrag vom Unternehmer verschuldet sei. 82.

§ 767. Haftung des Zwangsvergleichsbürgen auch für eine nicht im Konkurse festgestellte Forderung. 200.

§ 774. Der Bürge hat nicht neben dem Gläubiger Anspruch auf Befriedigung im Konkurse des Hauptschuldners. 244.

§ 776. Über die Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegen den Ausfallsbürgen. 232. — Erlöschen der für Güte und Einbringlichkeit einer abgetretenen Hypothek übernommenen Haftung durch Nachlässigkeit des neuen Gläubigers. 233.



M. Schuldanerkenntnis (§§ 780—782).

§ 781. Bedeutung eines vom abgetretenen Schuldner dem neuen Gläubiger gegebenen Zahlungsversprechens. 226. — Begründung der Rückforderung einer Zahlung auf einen anerkannten Anspruch aus unerlaubter Handlung. 249.

N. Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812—822).

§ 812. Begründung einer ungerechtfertigten Bereicherung durch Zahlung auf einen anerkannten Anspruch aus unerlaubter Handlung. 249. — Die dienstliche Überweisung außergewöhnlicher Aufgaben an einen Militärarzt begründet keine privatrechtlichen Ansprüche, auch nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung. 57. — Für den Umfang einer Vorrangeinräumung an eine Baugeldhypothek ist zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung der Wille der Beteiligten entscheidend, daß die Auszahlungsbedingungen beim Baugelddarlehn eingehalten sein müssen. 209. — Das bloße Nichteintreten einer Voraussetzung beeinflußt den Bestand des Vertrages nicht. 155.

§ 817. Allgemeine Einrede der Arglist gegen den Anspruch aus einem nichtigen Bordellkauf. 163.

O. Versicherungsvertrag mit Ausschluß der Seeassekuranz.

a) RGes. über die privaten Versicherungs-Unternehmungen v. 12. Mai 1901.

§ 21. Feuerversicherung auf Gegenseitigkeit; über die Gültigkeit satzungwidriger Versicherungsgeschäfte gegen feste Prämien nach § 21 Abs. 2 PrivVersUntG. 186.

b) Versicherungsvertrags-Ges. v. 30. Mai 1908.

§ 1. Kündigung des Vertrages mit einer englischen Feuerversich.-Gesellschaft wegen des englischen Zahlungsverbots. 187. — Arrestanordnung in das inländische Vermögen einer englischen Lebensversich.-Gesellschaft zur Sicherung eines inländischen Versicherungnehmers. 126.

§ 6. Bedeutung eines Strafverfahrens für die Anzeigepflicht bei der Haftpflicht-Versicherung. 188.

§ 52. S. bei § 86.

§ 82. Die Feuerversicherung umfaßt auch eine Beschädigung durch Rauch vor Ausbruch des Feuers. 58. — Versicherungswert eines teilweise abgebrannten Gebäudes, dessen Aufbau baupolizeilich verhindert wird; Vertragsauslegung. 83.

§ 86. Auslegung der Vertragsbestimmung, daß als Versicherungswert der Anschaffungswert gelten solle. 84.

§ 97. Kann der Hyp.-Gläubiger einer Verbauung der Versicherungssumme auf einem andern Grundstück widersprechen? 92.

§ 153. Bedeutung eines Strafverfahrens für die Anzeigepflicht bei der Haftpflicht-Versicherung. 188.

§ 159. S. bei § 1.

§ 166. Lebensversicherung zugunsten eines Dritten; über die Pfändbarkeit des Anspruchs gegenüber dem Versicherungnehmer. 158.

§ 179. Zum Begriff „Kriegsereignis" in den Bedingungen einer Unfallversicherungs-Gesellschaft. 10.

c) Gewerbe-Unfall-Versicherungsgesetz v. 30. Juni 1900.

§ 138. Verjährungsfrist, wenn die Verjährung unter dem GewUnfVersGesetze begonnen und unter der RVersOrdnung vollendet wurde. 85.

d) Reichs-Versicherungsordnung v. 19. Juli 1911.

§ 907. Verjährungsfrist, wenn die Verjährung unter dem GewUnfVersGesetze begonnen und unter der RVersOrdnung vollendet wurde. 85.

P. Verlagsvertrag (Ges. v. 19. Juli 1901).

Ansprüche des Bestellers einer Zeitschrift, deren Umfang der Herausgeber willkürlich beschränkt hat. 35.

Q. Unerlaubte Handlungen.

a) BGB. §§ 823—853.

§ 823. Schadenersatz wegen Nervenstörung infolge einer Körperverletzung. 250. — Auch bei Körperverletzung einer Ehefrau entsteht der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten in ihrer Person; Mitverschulden des Mannes ist einflußlos. 31. — Vergiftung von Bienen durch Gase einer Fabrik. 86. — Bedeutung eines Primafacie-Beweises bei einem Schiffszusammenstoß. 236. — Verletzung der Pflichten als Aufsichtsratsmitglieds einer eingetr. Genossenschaft; unerlaubte Handlung? 63. — Voraussetzungen eines widerrechtlichen Eingriffs in einen fremden Gewerbebetrieb. 189. — Die Haftung einer zur Einstellung der Zw.-Vollstreckung geleisteten Sicherheit setzt Verschulden voraus. 176.

Grenzen des Gegenbeweises gegen die Übertretung eines Schutzgesetzes. 86. — Der Beleidiger kann vertraglich zum öffentlichen Widerruf verpflichtet werden. 139.

§ 824. Haftung des Inhabers einer Auskunftei aus der Erteilung einer falschen Auskunft. 251. — Anspruch auf Unterlassung nachteiliger Behauptungen, auch wenn sie der Gegner fälschlich für wahr hielt; Beweislast. 164. — Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei Preßvergehen, auch wenn außerdem unlauterer Wettbewerb vorliegt. 146.

§ 826. Haftung des Inhabers einer Auskunftei aus der Erteilung einer falschen Auskunft; Umfang des Schadens. 251. — Über den Einfluß der heimlichen Begünstigung eines Gläubigers auf einen allgemeinen Schuldvergleich. 225. — Verletzung der Pflichten als Aufsichtsratsmitglied einer eingetr. Genossenschaft; unerlaubte Handlung? 63.

§ 829. Haftet der wegen Geisteskrankheit entmündigte Besitzer wegen Einsturz eines Werks für Verschulden seines Vormunds oder aus § 829 BGB.? 59.

§ 831. Der Beschädigte haftet für Mitverschulden seiner Hülfspersonen. 108. — Über die Haftung für betrügerische Handlungen Angestellter bei der Vertragserfüllung. 109. — Ablösung von Gebäudeteilen durch Zerbrechen eines aus Verschulden eines Angestellten zuschlagenden Fensters; Entlastungsbeweis. 207.

§ 833. Verletzung durch ein aus einem Tiergarten ausgebrochenes Stück Wild; haftet der Eigentümer des Gartens als Tierhalter? 234. — Auch bei Körperverletzung einer Ehefrau entsteht der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten in ihrer Person; Mitverschulden des Mannes ist einflußlos. 31.

§ 836. Ablösung von Gebäudeteilen durch Zerbrechen eines zuschlagenden Fensters; Entlastungsbeweis. 207. — Haftet der wegen Geisteskrankheit entmündigte Besitzer wegen Einsturz eines Werks für Verschulden seines Vormunds oder aus § 829 BGB.? 59.

§§ 836/7. Zum Begriff des Eigenbesitzers nach §§ 836 Abs. 3, 837. 140.

§ 839. Der Beamte haftet auch für fahrlässige Verletzungen der Amtspflichten nur bei dem Nachweis, daß der Verletzte weder jetzt noch früher eine andere Ersatzmöglichkeit versäumt habe. 208. — Haftung des Staats für Amtspflichtverletzung des Landrats als Vorsitzenden des Kreisausschusses in der Selbstverwaltung. 60. — Haftung des Reichsfiskus für Tötung durch Verschulden eines Soldaten; Beweislast. 252. — Der (preuß.) Notar haftet bei Aufnahme eines Vertrages als Beamter. 254. — Haftung des Notars wegen unterlassener Rechtsbelehrung. 136. — Darf der (preuß.) Notar eine Unterschrift beglaubigen, wenn er um die Ungültigkeit der Erklärung weiß? 190.

§ 843. Schadenersatz für verminderte Erwerbsfähigkeit; Wegfall bei deren Herbeiführung durch eine spätere Ursache. 87. — Schadenersatz wegen Nervenstörung infolge einer Körperverletzung. 250. — Der Anspruch auf Schadenersatz wegen verminderter Erwerbsfähigkeit wird nicht durch Freigebigkeit Dritter ausgeschlossen. 112.

§ 845. Sind mehrere aus derselben unerlaubten Handlung auf Schadenersatz klagende Personen notwendige Streitgenossen? 259.

§ 847. Bemessung des Schmerzengeldes. 11.

§ 852. Verjährung des Schadensanspruchs gegen den Eigentümer eines Floßes. 117. — Verjährung des Schadensanspruchs gegen Mitglieder des Aufsichtsrats einer eingetr. Genossenschaft. 63.

b) Anfechtungsgesetz v. 21. Juli 1879.

§ 3 Nr. 1. Die Gläubigeranfechtung einer Hyp.-Bestellung ist ausgeschlossen, wenn das Grundstück ohnehin überlastet war. 12.

c) Unlauterer Wettbewerb (Ges. v. 7. Juni 1809).

§ 1. Unlauterer Wettbewerb durch Vertrieb von Waren, die sich ein Händler unter Verleitung von Zwischenhändlern zum Vertragsbruch verschafft hat. 253. — Kein Verstoß gegen die guten Sitten durch Zuwiderhandlung eines Mitglieds gegen einen satzungwidrigen Innungsbeschluß oder deswegen erklärten Austritt. 193.

§ 3. Unlauterer Wettbewerb durch Ankündigung billigen Verkaufs wegen Überfüllung des Lagers. 165.

§ 7. Unlauterer Wettbewerb durch Ankündigung billigen Verkaufs wegen Überfüllung des Lagers. 165.

§ 23. Grenzen der Veröffentlichung einer Verurteilung wegen unlauteren Wettbewerbs. 165.

§ 24. Örtliche Zuständigkeit bei Klagen aus dem Wettbewerbsgesetze. 88. — Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei Preßvergehen, auch wenn außerdem unlauterer Wettbewerb vorliegt. 146.

R. Verfügungen der Staatsgewalt.

Haftung des Reichsfiskus für Tötung durch Schuld eines Soldaten; Beweislast. 252.

ErbschStG. § 56. Schenkungssteuer; zum Begriff der Anstandspflicht in § 56 Abs. 2 ErbschStG. 205.

III. Sachenrecht.

1. Besitz (§§ 854—872).

§ 855. Zum Begriff des Eigenbesitzers nach §§ 836 Abs. 3, 837 BGB. 140.

2. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 873—902).

§ 873. Die dingliche Bindung der Parteien erfolgt mit der Auflassung. 131.

§ 875. Kann der Hyp.-Gläubiger auf Grund der Zahlung zur Löschung verurteilt werden? 14.

§ 876. Das Zinsrecht kann durch Teilung von der Hypothek getrennt und einem Andern übertragen werden. 15.

§ 880. Für den Umfang einer Vorrangeinräumung ist der Wille der Beteiligten entscheidend. 209.

§ 883. Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Löschung einer Auflassungsvormerkung. 28.

3. Eigentum.

A. Inhalt des Eigentums (§§ 903—924).

§ 903. Recht des Eigentümers, sein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück zu besonderen Zwecken zu betreten. 168. — Vergiftung von Bienen durch Gase einer Fabrik auf dem Fabrikgrundstück verpflichtet nicht zu Schadenersatz. 86.

§ 905. Über das zur Abwehrklage des Eigentümers einer städtischen Straße gegen elektrische Leitungen oberhalb der Straße erforderliche Interesse. 89.

§ 906. Zum Begriff der Ortsüblichkeit; Einfluß der Anschauung der Bevölkerung. 166. — Ortsüblichkeit in Anwendung auf lästige Gerüche aus einer städtischen Bedürfnisanstalt. 167.

§ 917. Notweg für die ordnungmäßige Benutzung eines Grundstücks; deren Begriff. 90. — Beginn des Laufs der Notwegsrente mit der Duldungspflicht. 91.

B. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

a) Nach BGB. §§ 925—928.

§ 925. Die dingliche Bindung der Parteien erfolgt mit der Auflassung. 131. — Das Landesrecht kann die Auflassung durch Prozeßvergleich zulassen. 13.

b) Verlassenes Flußbett.

Auch das künstlich verengerte Bett eines öffentlichen Flusses wächst gemeinrechtlich dem angrenzenden Grundstücke zu. 1.

C. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

a) Übertragung (§§ 929—936).

§ 929. Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen erfordert deren deutliche Bezeichnung. 254.

§ 932. Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch nicht grobfahrlässigen Ankauf von einem Nichteigentümer. 40. — Ist der Spediteur (Möbelfuhrmann) verpflichtet, sich bei Räumung einer Wohnung nach einem Pfandrecht des Vermieters zu erkundigen? 161.

§ 936. Die vom Vollstr.-Gericht angeordnete Übertragung der gepfändeten Sachen auf den Pfändungsgläubiger ist eine behördliche Maßnahme, kein Rechtsgeschäft bürgerlichen Rechts; sie läßt bestehende Vermieterpfandrechte unberührt. 101.

b) Ersitzung (§§ 937—945).

§ 937. Zum Begriff des Eigenbesitzers. 140.

c) Verbindung. Vermischung (§§ 946—952).

§ 946. Eigentumsverhältnisse an unterirdischen Gas- und elektrischen Leitungen 78. — Rohrnetz einer Gasanstalt, ob Bestandteil des Anstaltsgrundstücks? 2.

§ 950. Kein Eigentumserwerb durch Verarbeitung von Holz, woran ein fremdes Eigentumsrecht vorbehalten ist. 255.

d) Aneignung (§§ 958—964).

§ 960. Haftet der Eigentümer eines Tiergartens als Tierhalter für Verletzungen durch ein ausgebrochenes Stück Wild? 234.

D. Ansprüche aus dem Eigentum (§§ 985—1007).

§ 985. Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch nicht grobfahrlässigen Ankauf von einem Nichteigentümer. 40.

§ 1004. Eigentumsstörung; zum Begriff der Ortsüblichkeit; Einfluß der Anschauung der Bevölkerung. 166. — Ortsüblichkeit in Anwendung auf lästige Gerüche aus einer städtischen Bedürfnisanstalt. 167. — Über das zur Abwehrklage des Eigentümers einer städtischen Straße gegen elektrische Leitungen oberhalb der Straße erforderliche Interesse. 89.

4. Dienstbarkeiten (§§ 1018—1093).

§ 1036. Recht des Eigentümers, sein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück zu besonderen Zwecken zu betreten. 168.

5. Hypothek (§§ 1113—1190).

§ 1122. Haftung des Konk.-Verwalters aus der Veräußerung von Zubehör für die Masse gegenüber ausgefallenen Absonderungsberechtigten. 76.

§ 1127. Kann der Hyp.-Gläubiger einer Verbauung der Versicherungssumme auf einem anderen Grundstück widersprechen? 92.

§ 1141. Wann war zu kündigen, wenn der Gläubiger aus der ohne seine Genehmigung übernommenen Hypothek klagen will? 227.

§ 1144. Kann der Hyp.-Gläubiger auf Grund der Zahlung zur Löschung verurteilt werden? 14.

§ 1152. Das Zinsrecht kann durch Teilung von der Hypothek getrennt werden. 15.

§ 1154. Bedeutung der Übergabe des Hyp.-Briefs bei Abtretung der Hypothek. 169.

§ 1156. Die Unwirksamkeit späterer Leistungen an den alten Gläubiger einer abgetretenen Hypothek gilt nur für die dingliche Forderung. 256.

§ 1163. Kann der Hyp.-Gläubiger auf Grund der Zahlung zur Löschung verurteilt werden? 14.

6. Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten.

A. An beweglichen Sachen (§§ 1204—1272).

§ 1207. Ist der Spediteur (Möbelfuhrmann) verpflichtet, sich bei Räumung einer Wohnung nach einem Pfandrecht des Vermieters zu erkundigen? 161.

§ 1222. Kann die Eisenbahn eine Tiersendung bis zur Zahlung einer von dem Begleiter geschuldeten Strafe zurückhalten? 116.

B. An Rechten (§§ 1273—1296).

§ 1275. Wird der in Unkenntnis von der Pfändung zahlende Drittschuldner von der Schuld frei? 242.

§ 1276. Mit der Auflassung des vermieteten Grundstücks an den Mieter wird das Pfändungspfandrecht an einer laufenden Mietforderung gegenstandlos. 162.

IV. Familienrecht.

1. Bürgerliche Ehe.

A. Wirkungen der Ehe im allgemeinen (§§ 1353—1362).

§ 1353. Die rechtskräftig zur Herstellung der Ehe verurteilte Partei kann noch auf Grund früherer Vorgänge auf Scheidung klagen. 16.

§ 1362. Die Vermutung aus § 1362 gilt nur für die Gläubiger des Mannes. 17.

B. Eheliches Güterrecht.

a) Gesetzliches Güterrecht (§§ 1363—1431).

§§ 1363 ff. Rechtliche Natur des Ausgleichungsanspruchs der Ehefrau bei Überleitung der bayer. Errungenschaftsgemeinschaft in das gesetzliche Güterrecht. 93.

§ 1389. Auch bei Körperverletzung einer Ehefrau entsteht der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten in ihrer Person; Mitverschulden des Mannes ist einflußlos. 31.

§ 1391. Rechtliche Natur des Ausgleichungsanspruchs der Ehefrau bei Überleitung der bayer. Errungensch.-Gemeinschaft in das gesetzliche Güterrecht. 93.

§ 1396. S. bei § 1399.

§ 1399. Die Frau im gesetzlichen Güterstande kann ihr Eingebrachtes schuldrechtlich verpfänden, nicht dinglich. 18.

§ 1412. S. bei § 1399.

§ 1418. Rechtliche Natur des Ausgleichungsanspruchs der Ehefrau bei Überleitung der bayer. Errungensch.-Gemeinschaft in das gesetzliche Güterrecht. 93.

b) Vertragmäßiges Güterrecht (§§ 1432—1557).

§ 1438. Auch bei Körperverletzung einer Ehefrau entsteht der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten in ihrer Person; Mitverschulden des Mannes ist einflußlos. 31.

§ 1443. Der Mann führt die Verwaltung im eigenen Namen, nicht zugleich im Namen der Frau. 31 S. 52.

§ 1546. Rechtliche Natur des Ausgleichungsanspruchs der Ehefrau bei Überleitung der bayer. Errungensch.-Gemeinschaft in das gesetzliche Güterrecht. 93.

C. Scheidung der Ehe (§§ 1564—1587).

§ 1564. Aussichtlosigkeit einer Ehescheidungsstreitigkeit zwischen katholischen österreichischen Staatsangehörigen vor deutschen Gerichten. 175.

§ 1567. Die rechtskräftig zur Herstellung der Ehe verurteilte Partei kann noch auf Grund früherer Vorgänge auf Scheidung klagen. 16.

§ 1568. Beweislast des klagenden Teils über das Verschulden (Zurechnungsfähigkeit) des anderen. 210.

§ 1569. Für die Ehescheidung wegen Geisteskrankheit sind die Voraussetzungen einer Entmündigung und der Geschäftsunfähigkeit unerheblich. 235.

§ 1578. Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Ehemannes; Einfluß der Üblichkeit eines Arbeitsverdienstes der Frau. Verhältnis zur Unterhaltspflicht der Verwandten. 61. — Durch Scheidung der Ehe erlischt die Stellung des Mannes als Familienoberhauptes in armenpolizeilichem Sinn (Bremen). 19.

2. Verwandtschaft.

A. Unterhaltspflicht (§§ 1601—1615).

§ 1608. Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Ehemannes; Einfluß der Üblichkeit eines Arbeitsverdienstes der Frau. Verhältnis zur Unterhaltspflicht der Verwandten. 61.

B. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

Elterliche Gewalt (§§ 1626—1698).

§ 1621. Verweigerung der Aussteuer wegen unsittlichen Lebenswandels; Beweislast. 211.

§ 1632. Anspruch der Mutter, der nach § 627 ZPO. die Sorge übertragen war, auf Herausgabe des Kindes gegen einen Dritten. 41.



§ 1643. Ausschlagung der Erbschaft für einen Minderjährigen; Genehmigung des Vorm.-Gerichts noch nach Ablauf der Ausschlagungsfrist. 20.

§ 1666. Die Beschwerde in der freiwill. Gerichtsbarkeit setzt eine Verfügung voraus. 152.

§ 1686. S. bei § 1632 und § 1643.

3. Vormundschaft.

A. Über Minderjährige (§§ 1773—1895).

§ 1822 Nr. 1. Eine erforderliche Genehmigung des Vorm.-Gerichts kann der Ausschlagung der Erbschaft nachfolgen. 62. — Erbschaftausschlagung für einen Minderjährigen; Genehmigung des Vorm.-Gerichts noch nach Ablauf der Ausschlagungsfrist. 20.

§ 1831. Eine erforderliche Genehmigung des Vorm.-Gerichts kann der Ausschlagung der Erbschaft nachfolgen. 20. 62.

B. Pflegschaft (§§ 1909—1921).

§ 1910. Pflegerbestellung im Verfahren zur Versetzung eines Beamten in den Ruhestand. 257.

§ 1913. Das Nachlaßgericht hat kein Beschwerderecht gegen die Ablehnung einer Pflegerbestellung. 258.

V. Erbrecht.

1. Erbfolge (§§ 1922—1941).

§ 1937. Beweislast, wenn über die Aufhebung einer Erbeinsetzung durch ein späteres Testament gestritten wird. 191.

§ 1939. Kein Geschäft von Todes wegen, wenn einer Hausdame eine Vergütung bis an ihr Lebensende versprochen wird für die von ihr übernommene lebenslängliche Haushaltführung und Pflege. 42.

2. Rechtliche Stellung des Erben.

A. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts (§§ 1942—1966).

§ 1944. Ausschlagung der Erbschaft für einen Minderjährigen; Genehmigung des Vorm.-Gerichts noch nach Ablauf der Ausschlagungsfrist. 20. — Eine erforderliche Genehmigung des Vorm.-Gerichts kann der Ausschlagung der Erbschaft nachfolgen. 62.

B. Mehrheit von Erben (§§ 2032—2063).

§§ 2039/40. Aufrechnung des Nachlaßschuldners gegen die Klage eines Miterben aus § 2039 BGB. mit einer Forderung an den Nachlaß. 212. — Widerspruchsklage der Miterben wider die Pfändung des Anspruchs gegen einen Dritten auf Herausgabe des Nachlasses. 177.

3. Testament (§§ 2064—2273).

§ 2079. Form der Anfechtung eines gemeinschaftlichen wechselseitigen Testaments durch den Überlebenden nach Annahme der Erbschaft. 213.

§ 2081 Abs. 1. S. bei § 2079.

§ 2115. Vermieterpfandrecht auch an den von einem Vorerben eingebrachten Erbschaftssachen. 206.

§ 2147. Auslegung der Voraussetzung eines Vermächtnisses, daß der Bedachte keinerlei Ansprüche an den Nachlaß mache. 21.

§ 2231 Nr. 2. Eigenhändiges Testament in Briefform; es kann die Unterzeichnung mit dem Vornamen genügen. 141.

§ 2258. Beweislast, wenn über die Aufhebung einer Erbeinsetzung durch ein späteres Testament gestritten wird. 191.

§ 2262. Das Nachlaßgericht hat kein Beschwerderecht gegen die Ablehnung einer Pflegerbestellung. 258.

§ 2265. Das ungültige gemeinschaftliche Testament von Nichteheleuten kann auch nicht als Einzeltestamente aufrechterhalten werden. 170.

§ 2271. Form der Anfechtung eines gemeinschaftlichen wechselseitigen Testaments durch den Überlebenden nach Annahme der Erbschaft. 213. — Klage des überlebenden Ehegatten gegen den im gemeinschaftlichen Testament Bedachten auf Feststellung, daß Kläger das Testament mit Recht angefochten habe. 217.

4. Erbvertrag (§§ 2274—2302).

§ 2277. Ein in besondere amtliche Verwahrung gebrachter Erbvertrag darf nicht an die Beteiligten herausgegeben werden. 94.

§ 2281. Klage des überlebenden Ehegatten gegen den im gemeinschaftlichen Testament Bedachten auf Feststellung, daß Kläger das Testament mit Recht angefochten habe. 217.

§ 2282. Form der Anfechtung eines gemeinschaftlichen wechselseitigen Testaments durch den Überlebenden nach Annahme der Erbschaft. 213.

VI. Handelsrecht.

1. Handelsstand.

A. Handelsfirma (HGB. §§ 17—37).

§ 17. Berichtigung der Beklagtenrolle in der Klage, statt P. L.: Firma P. L.; Unzulässigkeit der Beschwerde. 49.

§ 19. Zulässigkeit des Firmenzusatzes „& Co." bei einer off. Handelsgesellschaft. 142. — Die Firma der Zweigniederlassung muß die der Hauptniederlassung in ihrem Kern wiedergeben. 142 a. E.

B. Handlungsgehülfen (§§ 59—83).

§ 63. Der in Feindesland abgesperrte Handlungsgehülfe hat keinen Anspruch auf Gehalt. 231.

§ 70. Hat der Krieg Einfluß auf Anstellungsverträge? 171.

C. Handelsmäkler (§§ 93—104).

§ 99. Hat der Handelsmäkler für die Vermittelung eines auflösend bedingten Geschäfts bei Eintritt der Bedingung einen Lohnanspruch? 113.

§§ 101 ff. Recht des Handelsmäklers zur Zeugnisverweigerung nach § 384³ ZPO. 100.

2. Handelsgesellschaften und Genossenschaften.

A. Offene Handelsgesellschaft (§§ 105—160).

§ 114. Darf der einzelne Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung zur Leistung an die Gesellschaft einklagen? 43.

§ 125. S. bei § 114.

B. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. April 1892/20. Mai 1898.)

§ 61. Wichtiger Grund zur Auflösung einer Gesellschaft m. b. H., daß der eine Gesellschafter Engländer ist. 143.

§ 66. Wie kann der Liquidator einer Gesellschaft m. b. H. die Löschung seiner Eintragung erwirken? 192.

C. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (Ges. v. 1. Mai 1889/20. Mai 1898).

§ 41. Verjährung des Schadensanspruchs gegen Mitglieder des Aufsichtsrats. 63.

3. Handelsgeschäfte.

A. Allgemeine Vorschriften (§§ 343—372).

§ 346. Hat der Handelsmäkler für die Vermittelung eines auflösend bedingten Geschäfts bei Eintritt der Bedingung einen Lohnanspruch? 113.

B. Handelskauf (§§ 373—382).

§ 374. Der Käufer ist vielleicht berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich vor Eintritt der Lieferungszeit einzudecken. 132.

§ 375. Eine Frist zur näheren Bestimmung der Ware braucht nicht gesetzt zu werden, wenn sie zwecklos sein würde. 114.

§ 377. Bedeutung eines Fakturenvermerks über die Frist der Mängelanzeige. 64.

§ 379. Gerichtsstand des Erfüllungsorts für die Rückzahlung des Kaufpreises, wenn die beanstandete Ware nach § 379 Abs. 2 HGB. versteigert und der Erlös hinterlegt worden ist. 120.

C. Speditionsgeschäft (§§ 407—415).

§ 410. Ist der Spediteur (Möbelfuhrmann) verpflichtet, sich bei Räumung einer Wohnung nach einem Pfandrecht des Vermieters zu erkundigen? 161.

D. Frachtgeschäft (§§ 425—452).

§ 440. Die Lieferfrist im EBFrachtverkehr ist nach Treu und Glauben zu behandeln. 116. — Kann die Eisenbahn eine Tiersendung bis zur Zahlung einer von dem Begleiter geschuldeten Strafe zurückhalten? 116.

E. Frachtgeschäft der Eisenbahnen (§§ 453—473 und EBVerkO.).

§ 454. Die Lieferfrist im EBFrachtverkehr ist nach Treu und Glauben zu behandeln. 116.

§ 459 Nr. 3; EBVerkO. § 86 Abs. 2. Gegenbeweis gegen die Befreiung der Eisenbahn von der Haftung für beschädigtes Frachtgut. 115. — **Nr. 5; EBVerkO. § 86.** Die Lieferfrist im EBFrachtverkehr ist nach Treu und Glauben zu behandeln; Zurückbehaltung einer Tiersendung bis zur Bezahlung einer von dem Begleiter geschuldeten Strafe? 116.

§ 466; EBVerkO. § 75. Schwierigkeiten der Beförderung durch besondere Verkehrsverhältnisse begründen keine Betriebsstörung nach § 75 Abs. 7 EBVerkO. 214.

F. Binnenschiffahrt (Ges. v. 15. Juni 1895/20. Mai 1898).

§ 37. Wann ist die Reise angetreten? 172.

G. Flößerei (Ges. v. 15. Juni 1895).

§ 22. Verjährung eines Schadensanspruchs gegen den Eigentümer eines Floßes. 117

§ 23. S. bei § 22.

§ 30. S. bei § 22.

4. Seehandel (§§ 474—903).

§ 559. Haftung des Verfrachters für Seetüchtigkeit des Schiffes; Entlastungsbeweis und Freizeichnung. 118.

§ 582. Wann ist nach § 37 BinnenSchG. die Reise angetreten? 172.

§ 606. Zulässigkeit einer Freizeichnung vom Verschulden des Schiffers im Konnossement beim Stückgütervertrage. 22.

§ 651. Bedeutung des Konnossements beim Stückgütervertrage; Freizeichnung vom Verschulden des Schiffers gegenüber dem Bekenntnis des Empfangs guter Ware. 22.

§ 657. Entlastungsbeweis und Freizeichnung gegenüber der Haftung des Verfrachters für Seetüchtigkeit des Schiffs. 118.

§ 734. Bedeutung eines sog. Primafacie-Beweises bei einem Schiffszusammenstoß. 236.

StrandO. § 39. Die Klagefrist setzt eine Festsetzung des Hülflohnanspruchs durch die Aufsichtsbehörde voraus. 65.

VII. Wechselrecht (WO.).

Entstehung der Forderung bei einer Wechselverlängerung. 133.

§ 12. Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung einer gefälschten Wechselunterschrift. 201.

VIII. Gewerberecht.

1. Gewerbeordnung.

§ 81a. Kein Verstoß gegen die guten Sitten durch Zuwiderhandlung gegen einen satzungwidrigen Innungsbeschluß oder deswegen erklärten Austritt. 193.

§ 152. S. bei § 81a.

2. Patentrecht (Ges. v. 7. April 1891).

§ 4. Der Erwerb von Waren unter Verleitung von Zwischenhändlern zum Vertragsbruch enthält keine Patentverletzung. 253.

3. Schutz von Warenbezeichnungen (Ges. v. 12. Mai 1894).

§ 1. Warenzeichen oder Verzierung? 66.

§ 12. Der Erwerb von Waren unter Verleitung von Zwischenhändlern zum Vertragsbruch enthält keine Verletzung des Warenzeichenrechts. 253.

Zweiter Teil.

Verfahren.

I. Allgemeine Lehren.

1. Anwendbarkeit der Gesetze.

Vereinbarung eines ausländischen Schiedsgerichts; welches Gericht ist für die Ernennung zuständig und nach welchem Recht haben die Schiedsrichter zu entscheiden? 103.

2. Gerichtsverfassung (GVG.).

§ 13. Die Klagefrist aus § 39 StrandO. setzt eine Festsetzung des Hülflohnanspruchs durch die Aufsichtsbehörde voraus. 65.

§ 204. Wertfestsetzung als Feriensache. 237.

3. Rechtsanwaltschaft (RAO.).

§ 28. Dienstvertrag zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber. 169. — Zur gemeinschaftlichen Ausübung des Berufs verbundene Anwälte haften gesamtschuldnerisch nur auf dem Berufsgebiet. 238. — Keine Fahrlässigkeit des Anwalts, wenn er von einer, sei es auch bestrittenen, Ansicht des Reichsgerichts ausging. 95.

4. Gerichtskosten (GKG.).

§ 4. Die Erinnerung gegen Kostenfestsetzungen des Gerichtsschreibers unterliegt auch in Landgerichtsprozessen nicht dem Anwaltszwang. 121.

§ 9. S. bei § 9a.

§ 9a. Streitwert bei der Klage auf Feststellung, daß ein mehrjähriger Pachtvertrag wirksam angefochten sei, auf Rückgabe der Sicherheit und auf Herausgabe des Eingebrachten. 239.

§ 18 Nr. 1. Die Anerkennung des Wechselanspruchs unter Vorbehalt der Rechte und der Antrag auf Anerkenntnisurteil sind keine kontradiktorische Verhandlung i. S. des § 18[1] GKG. 144.

§ 98. Der § 98 Abs. 4 GKG. bezieht sich nicht auf freiwillige Übernahme der Kosten. 119.

5. Gebühren von Zeugen und Sachverständigen (GebO. v. 30. Juni 1878/20. Mai 1898).

§ 4. Üblicher Preis für Gutachten. 194.

§ 13. Sachverständigen-Gebühren eines Beamten. 195.

II. Zivilprozeß-Verfahren.

1. Allgemeine Bestimmungen.

A. Gerichte.

a) Sachliche Zuständigkeit (ZPO. §§ 1—11).

§ 3. Streitwert bei der Wandelungsklage; der Zusatz „gegen Rücknahme" bleibt außer Ansatz. 145.

§ 4. Nebenforderungen bei der Wandelungsklage (Futterkosten, Hundesteuer). 145.

§ 5. Streitwert bei der Klage auf Feststellung, daß ein Pachtvertrag wirksam angefochten sei, auf Rückgabe der Sicherheit und Herausgabe des Eingebrachten. 239.

§ 6. Streitwert bei der Klage auf Feststellung, daß ein Pachtvertrag wirksam angefochten sei, auf Herausgabe der Sicherheit und auf Herausgabe des Eingebrachten. 239. — Streitwert des Anspruchs auf Herausgabe eines Gebäudeteils. 96.

§ 8. Streitwert bei der Klage auf Feststellung, daß ein mehrjähriger Pachtvertrag mit steigendem Pachtzins wirksam angefochten sei. 239.

b) Gerichtsstand (§§ 12—37).

§ 13. Der in Kriegszeiten zum Dienst einberufene Landsturmmann dient nur zur Erfüllung der Wehrpflicht. 104. — Örtliche Zuständigkeit bei Klagen aus dem UnlWettbew.-Gesetze. 88.

b) Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung i. d. v. St. (§§ 230—238).

§ 233. Verschulden bei der Frage der Wiedereinsetzung gegen ein dem Antragsteller unbekannt gebliebenes Versäumnisurteil. 196.

c) Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (§§ 239—252).

§ 239. Begriff des Rechtsnachfolgers einer Partei mit dem Recht zur Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens. 215.

§ 244. Keine Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod des Prozeßbevollmächtigten einer Partei nach Zustellung des Urteils. 45.

§ 245. Einfluß des gegenwärtigen Krieges auf einen Vertrag deutscher Firmen, durch den sie sich englischen Gerichten und englischem Recht unterwerfen. 4.

§ 247. Die Möglichkeit einer Aussetzung des Verfahrens nach dem Kriegsschutzgesetze rechtfertigt nicht die Ablehnung einer Terminsansetzung. 98. — Der gerichtlich bestellte Vertreter eines Kriegsteilnehmers kann die Vertretung nicht niederlegen. 263.

2. Verfahren in 1. Instanz vor den Landgerichten.

A. Verfahren bis zum Urteil (§§ 253—299).

§ 253 Nr. 1. Zulässige Ermächtigung des Abtretenden, die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des neuen Gläubigers einzuklagen. 245. — Änderung in der Bezeichnung des Beklagten. 216. — Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Beschluß auf Berichtigung der Beklagtenrolle in der Klage. 49. — **Nr. 2.** Keine Klagänderung wenn in der Ber.-Instanz eine noch nicht verhandelte Klagebegründung wiedrholt wird. 70.

§ 256. Klage des überlebenden Ehegatten gegen den im gemeinschaftlichen Testament Bedachten auf Feststellung, daß Kläger das Testament mit Recht angefochten habe. 217. — Kostenlast des Beklagten, wenn er die Berühmung aufgibt und der Kläger deshalb die Feststellungsklage für erledigt erklärt. 97.

§ 257. Voraussetzungen einer Klage auf künftige Leistung nach § 259 und nach § 257 ZPO. 197.

§ 259. Voraussetzungen einer Klage auf künftige Leistung nach § 259 und nach § 257 ZPO. 197.

§ 261. Die Möglichkeit einer Aussetzung des Verfahrens nach dem Kriegsschutzgesetze rechtfertigt nicht die Ablehnung einer Terminsansetzung. 98.

§ 264. Die Einrede der Klagänderung geht der der örtlichen Unzuständigkeit vor. 146.

§ 268. Keine Klagänderung, wenn in der Ber.-Instanz eine noch nicht verhandelte Klagebegründung wiederholt wird. 70. — Änderung des 1. Urteils auf Grund stillschweigender Anschlußberufung wegen Veränderung des Klagegegenstandes. 73.

§ 282. Gegenüber der Auslegungspflicht des Richters gibt es keine eigentliche Beweislast der Parteien. 106. — Der mit Recht gekündigte Mieter haftet für Mietausfälle; Beweislast. 230. — Bei Rückgabe der Mietsache in beschädigtem Zustande hat der Mieter diesen zu rechtfertigen. 56. — Beweislast des Baugeldgebers, daß er das versprochene Darlehn und zwar zum Bau gegeben habe. 134. — Grenzen des Gegenbeweises gegen die Übertretung eines Schutzgesetzes. 86. — Anspruch auf Unterlassung nachteiliger Behauptungen, auch wenn sie der Gegner fälschlich für wahr hielt; Beweislast. 164. — Der Beamte haftet auch für fahrlässige Verletzungen der Amtspflicht nur bei dem Nachweise, daß der Verletzte weder jetzt noch früher eine andere Ersatzmöglichkeit versäumt habe. 208. — Beweislast bei beanspruchter Haftung des Reichsfiskus für Tötung durch Verschulden eines Soldaten. 252. — Beweislast des auf Ehescheidung wegen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses klagenden Teils über das Verschulden (Zurechnungsfähigkeit) des anderen. 210. — Beweislast bei Verweigerung der Aussteuer wegen unsittlichen Lebenswandels. 211. — Beweislast, wenn über die Aufhebung einer Erbeinsetzung durch ein späteres Testament gestritten wird. 191.



§ 492. Unzulässigkeit der Ablehnung eines Sachverständigen zur Sicherung des Beweises; Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluß. 46. — Die Vernehmung im Beweissicherungs-Verfahren begründet nicht die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen im Prozesse selbst. 72.

3. Rechtsmittel.

A. Berufung (§§ 511—544).

§ 521. Änderung des 1. Urteils auf Grund stillschweigender Anschlußberufung wegen einer Veränderung des Klagegegenstandes. 73.

§ 529. Änderung des 1. Urteils auf Grund stillschweigender Anschlußberufung wegen Veränderung des Klagegegenstandes. 73.

B. Revision (§§ 545—566).

§ 549 Abs. 2. Unzulässigkeit der Revision, auch wenn die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts behauptet wird. 74.

§ 554 Nr. 2 a. Die Rev.-Begründung muß die verletzte Rechtsnorm bezeichnen. 75.

C. Beschwerde (§§ 567—577).

§ 567. Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Beschluß auf Berichtigung der Beklagtenrolle in der Klage. 49. — Unzulässigkeit der Ablehnung eines Sachverständigen zur Sicherung des Beweises; Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluß. 46.

§ 569. Einfache Beschwerde gegen die Ablehnung einer Umschreibung der Vollstr.-Klausel; Verfahren wenn der Gerichtsschreiber übergangen war. 48.

§ 576. Verfahren, wenn der Gerichtsschreiber übergangen war bei dem Antrag auf Umschreibung einer Vollstr.-Klausel. 48. — Die Erinnerung gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse des Gerichtsschreibers unterliegt auch in Landgerichtsprozessen nicht dem Anwaltszwang. 121.

§ 577 Abs. 2. S. bei § 576.

4. Urkunden- und Wechselprozeß (§§ 592—605).

§ 599. Die Anerkennung des Wechselanspruchs unter Vorbehalt der Rechte und der Antrag auf Anerkenntnisurteil sind keine kontradiktorische Verhandlung nach § 18[1] GKG. 144.

5. Ehesachen (§§ 606—639).

§ 606. Aussichtlosigkeit einer Ehescheidungsstreitigkeit zwischen katholischen österreichischen Staatsangehörigen vor deutschen Gerichten. 175.

§ 616. Die rechtskräftig zur Herstellung der Ehe verurteilte Partei kann noch auf Grund früherer Vorgänge auf Scheidung klagen. 16.

§ 617. Ein über die Schuldfrage abgeleisteter Schiedseid beweist auch für die Scheidungsfrage. 265.

§ 627. Anspruch der Mutter, der die Sorge für das Kind übertragen war, auf dessen Herausgabe gegen einen Dritten. 41.

6. Mahnverfahren (§§ 688—703).

§ 694. Erstattungsfähigkeit der Kosten zweier Anwälte im Mahn- und Widerspruchsverfahren. 23.

7. Zwangsvollstreckung.

A. Allgemeine Bestimmungen (§§ 704—802).

§ 715. Zuständigkeit des Ber.-Gerichts zur Beschlußfassung über die Art einer in 1. Instanz angeordneten Sicherheitsleistung für die vorläufige Vollstreckung. 261. — Verfahren zwecks Rückgabe einer Sicherheit für die vorläufige Vollstreckung. 262.

B. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

a) In das bewegliche Vermögen (§§ 803—863).



§ 851. Über Abtretung und Pfändung der Ansprüche aus dem Baugeld-Darlehnsvertrage. 134.

b) In das unbewegliche Vermögen (§§ 864—871).

§ 865. Haftung des Konk.-Verwalters aus der Veräußerung von Zubehör für die Masse gegenüber ausgefallenen Absonderungsberechtigten. 76.

§ 869 ZVG. § 55. Das Eigentum am tatsächlichen Zubehör geht auf den Ersteher über, auch wenn er weiß, daß es einem Dritten gehörte. 148. — **§ 57.** Auslegung des Art. 4 RGes. v. 8. Juni 1915 zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen. 247. — **§ 65.** Wirkung des Beschlusses, gewisses Zubehör von der Versteigerung des Grundstücks auszuscheiden; Widerspruchsrecht des ausgefallenen Realgläubigers gegen die Fortschaffung des Zubehörs. 25. **§ 91.** S. bei § 65.

C. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen (§§ 883—898).

§ 887. Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Löschung einer Auflassungsvormerkung. 28. — S. ferner bei § 888.

§ 888. Die Umschreibung im Musterregister im Wege der Zw.-Vollstreckung ist nach § 888 zu bewirken. 125.

D. Offenbarungseid und Haft (§§ 899—915).

§ 901. Der Beschluß auf Erlassung eines Haftbefehls im Offenbarungseid-Verfahren kann nur mit Beschwerde angefochten werden. 26.

E. Arrest und einstweilige Verfügungen (§§ 916—945).

§ 917. Arrestanordnung in das inländische Vermögen einer englischen Lebensversicherungs-Gesellschaft zur Sicherung eines inländischen Versicherungnehmers. 126.

§ 920. Für das Arrestverfahren kann der Hauptanspruch trotz seiner Abweisung in 1. Instanz des ordentlichen Verfahrens glaubhaft erscheinen. 27.

§ 923. Gerichtsstand des Vermögens im Fall einer Arrestsicherheit. 240.

§ 940. Einstweil. Verfügung nach § 940 ZPO.; nur das Bedürfnis einer einstweiligen Regelung ist glaubhaft zu machen. 178.

§ 941. Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Löschung einer Auflassungsvormerkung. 28.

8. Schiedsrichterliches Verfahren (§§ 1025—1048).

§ 1025. Einfluß des gegenwärtigen Krieges auf einen Vertrag deutscher Firmen, durch den sie sich englischen Gerichten und englischem Recht unterwerfen. 4. — Sog. Hamburger Arbitrage; Schiedsvertrag oder Bestellung von Schiedsmännern? 110.

§ 1029. S. bei § 1033 Nr. 1.

§ 1031. Der Eintritt in den Kriegsdienst ist als Wegfall des Schiedsrichters anzusehen. 243. — S. ferner bei § 1033 Nr. 1.

§ 1032. Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Besorgnis der Befangenheit. 102. — Über die Ablehnung eines Schiedsrichters ist im Beschlußverfahren zu entscheiden. 222.

§ 1033 Nr. 1. Folgen des Wegfalls eines Schiedsrichters, über den die Parteien sich erst nach Abschluß des Schiedsvertrages geeinigt hatten. 266.

§ 1038. Ist der Schiedsgutachter verpflichtet, das gegen seine Stimme abgegebene Gutachten zu unterzeichnen? 182.

§ 1039. Zuständiges Gericht für die Niederlegung des Schiedsspruchs. 149.

§ 1045. Vereinbarung eines ausländischen Schiedsgerichts; welches Gericht hat die Schiedsrichter zu ernennen und nach welchen Recht haben diese zu entscheiden? 103. — Über die Ablehnung eines Schiedsrichters ist im Anschlußverfahren zu entscheiden. 222.

III. Konkursverfahren.

1. Konkursrecht (KO. §§ 1—70).

§ 3. Gutgläubiger Erwerb einer urkundlichen Scheinforderung; Berücksichtigung im Konkurse des Scheinschuldners. 246.

§ 12. Zulässigkeit einer Leistungsklage gegen einen Schuldner unter Geschäftsaufsicht. 267.

§ 14. Zulässigkeit einer Leistungsklage gegen Schuldner unter Geschäftsaufsicht. 267.

§ 31. Die Gläubigeranfechtung einer Hyp.-Bestellung ist ausgeschlossen, wenn das Grundstück ohnehin überlastet war. 12.

§ 47. Haftung des Konk.-Verwalters aus der Veräußerung von Zubehör für die Masse gegenüber ausgefallenen Absonderungsberechtigten. 76.

§ 59 Nr. 2. Gebühren für Ferngespräche des Gem.-Schuldners auf dem Anschluß seines Geschäftslokals nach der Konk.-Eröffnung sind Masseschulden. 29.

§§ 67/8. Der Bürge hat nicht neben dem Gläubiger Anspruch auf Befriedigung im Konkurse des Hauptschuldners. 244.

2. Konkursverfahren (§§ 71—244).

§ 73. Hat der einzelne Konk.-Gläubiger ein Beschwerderecht gegen Anweisungen des Gerichts über die Schlußverteilung? 150.

§ 82. Haftung des Konk.-Verwalters aus der Veräußerung von Zubehör für die Masse gegenüber ausgefallenen Absonderungsberechtigten. 76.

§ 89. Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses wegen mangelhafter Überwachung des Konk.-Verwalters. 151.

§ 146. Haftung des Zwangsvergleichsbürgen auch für eine nicht im Konkurse festgestellte Forderung. 200.

§ 193. Haftung des Zwangsvergleichsbürgen auch für eine nicht im Konkurse festgestellte Forderung. 200.

IV. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

§ 19. Die Beschwerde in der freiwill. Gerichtsbarkeit setzt eine Verfügung voraus. 152.

§ 20. Eine Rechtshängigkeit derselben Sache ist von Amts wegen zu prüfen. 51. — Das Nachlaßgericht hat kein Beschwerderecht gegen die Ablehnung einer Pflegerbestellung. 258.

§ 25. Erfordernis eines vollständigen Tatbestandes in den Beschlüssen des Beschwerdegerichts in der freiwill. Gerichtsbarkeit. 127.

§ 38. Pflegerbestellung im Verfahren zur Versetzung eines Beamten in den Ruhestand. 257.

§ 57 Nr. 3. Das Nachlaßgericht hat kein Beschwerderecht gegen die Ablehnung einer Pflegerbestellung. 258. — **Nr.** 9. Die Beschwerde setzt eine Verfügung voraus. 152.

2. Grundbuchordnung v. 24. März 1897.

§ 19. Kann der Hyp.-Gläubiger auf Grund der Zahlung zur Löschung verurteilt werden? 14.

§ 39. Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Löschung einer Auflassungsvormerkung. 28.

§ 41. Die Ausnahme in § 41 Abs. 1 gilt auch für eine Gesamtnachfolge durch Eingemeindung. 179.



3. Notariat.

Übersicht

der Entscheidungen nach den Gerichtshöfen.

Berichtigungen.

Bd. 64 S. 473 Z. 21 v. u. statt 60: 50.
Bd. 67 S. 391 Z. 7 v. o. statt 36: 38.
Bd. 70 S. 510 Z. 22 v. o. statt 1904: 1914.
Bd. 71 S. 31 Z. 8 v. o. statt März: Mai.
Bd. 71 S. 194 Z. 17 v. o. statt die Klage wurde aber in beiden Instanzen abgewiesen: der Klage wurde in beiden Instanzen entsprochen.

J. A. Seufferts

Archiv

für

Entscheidungen der obersten Gerichte

in den deutschen Staaten

Dritte Folge siebzehnter Band

Der ganzen Reihe zweiundsiebzigster Band

Herausgegeben

von

H. F. Schütt.

München und Berlin

Druck und Verlag von R. Oldenbourg

1917.

I. Bürgerliches Recht.

1. Die Überschreitung der festgesetzten Kriegs-Höchstpreise macht den ganzen Vertrag nichtig.

Contra: Bd. 88 nr. 62

Vgl. 37 Nr. 92. 210 m. N.; 42 Nr. 197; 43 Nr. 110.
BGB. §§ 134. 135. 139; BRVO. v. 28. Okt. u. 17. Dez. 1914.

Das durch die Bundesratsverordnungen v. 28. Okt. und 17. Dez. 1914 ergänzte Reichsgesetz v. 4. August 1914,

RGBl. 339. 458. 513; vgl. auch § 6 VO. v. 23. Sept. 1915 (RGBl. Bl. 604),

gestattet für die Dauer des Krieges die Festsetzung von Höchstpreisen für Gegenstände des täglichen Bedarfs sowie für andre Gegenstände (§ 1 Abs. 1 und 2 Ges. in der Fassung der VO. v. 17. Dez. 1914), und stellt (§ 6 in derselben Fassung, § 4 Ges. v. 4. Aug. 1914) das Überschreiten der Höchstpreise (Nr. 1) sowie bereits die Aufforderung zum Abschluß eines die Höchstpreise überschreitenden Vertrages und das Erbieten zu einem solchen Vertrage (Nr. 2) unter Strafe. Hieraus, aus der Bedrohung eines rechtsgeschäftlichen Handelns mit Strafe folgt zuerst das Verbot des letzteren, und zwar das Verbot einer nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zulässigen Veräußerung. Deshalb erhebt sich zuerst die Frage, ob die verbotenen, an sich dem Grundsatze des § 134 BGB. unterstehenden Veräußerungen völlig (absolut) oder nach § 135 Abs. 1 Satz 1 BGB. nur gegenüber bestimmten Personen (relativ) unwirksam sind. Der Zweck des Gesetzes führt zur Annahme eines absoluten Veräußerungsverbots. Es soll nicht einen bestimmt abgegrenzten Personenkreis schützen, sondern die durch die besonderen Verhältnisse des Krieges gefährdete Versorgung der gesamten Bevölkerung des Deutschen Reiches mit den Gegenständen des notwendigen, besonders des täglichen Bedarfs nach Möglichkeit vor Störungen bewahren, insbesondere bei Wahrung der berechtigten Interessen der Erzeuger und Händler die verbrauchende Bevölkerung durch die Festsetzung unübersteigbarer Preise vor gewinnsüchtiger Ausbeutung seitens einzelner schützen (vgl. die Begründung des Ges. v. 4. Aug. 1914 bei Güthe-Schlegelberger, Kriegsb. 1, 747). Das Gesetz bezweckt also den Schutz der Allgemeinheit gegen die durch den Krieg, namentlich das Vorgehen der Feinde

herbeigeführte Gefahr des Mangels an den notwendigen Lebensbedürfnissen, der „Aushungerung" der Bevölkerung des Deutschen Reiches im weiten Sinne des Worts, und enthält samt seinen Abänderungen eine derjenigen notwendigen Maßnahmen zur Abhülfe wirtschaftlicher Schädigungen während des Krieges, die durch § 3 Ges. v. 4. Aug. 1914 über die Ermächtigung des Bundesrats zu solchen Maßnahmen (RGBl. 327) dem letzteren übertragen worden sind. Die Vorschrift des § 135 ist deshalb auf die auf Grund von § 5 des Höchstpreisgesetzes (Fassung des § 3 VO. v. 28. Okt. 1914, RGBl. 458) erlassenen Festsetzungen von Höchstpreisen nicht anwendbar, sondern es verbleibt bei der Unterstellung unter die Regel des § 134.

Diese Gesetzesbestimmung erklärt das gegen ein gesetzliches Verbot verstoßende Rechtsgeschäft nicht schlechthin, sondern nur dann für nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetze nicht ein andres ergibt. Das Höchstpreisgesetz selbst enthält in dieser Hinsicht keinen ausdrücklichen Ausspruch. Die in den Höchstpreisverordnungen des Bundesrats,

z. B. der hier einschlagenden v. 10. Dez. 1914, (RGBl., 500) und u. a. in den VO. über die Höchstpreise von Getreide und Kleie v. 28. Okt. 1914, (RGBl. 462) sowie für Hafer v. 5. Nov. 1914, (RGBl., 469),

gewählte Ausdrucksweise: „Der Preis ... darf nicht übersteigen" kann allein nicht zur Annahme der Nichtigkeit der dagegen verstoßenden Rechtsgeschäfte führen (vgl. BGB. von RGRäten² 1, 158 Anm. 1; Planck⁴ 1, 348 Anm. 1a zu § 134). Anderseits ist es aber auch unzulässig, mit dem Aufsatz über Getreidehöchstpreise in der Zeitschr. Recht und Wirtsch. (1915, 8. 9) lediglich daraus, daß im Gesetze für den Verstoß gegen seine Vorschriften Rechtsfolgen ausdrücklich nur auf strafrechtlichem, nicht auch auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet gezogen sind, zu folgern, daß die gegen das gesetzliche Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfte der Nichtigkeit nicht verfallen seien. Denn die Nichtigkeit eines gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts kann sich auch ohne ausdrückliche Hervorhebung dieser Folge aus dem Inhalt und Zweck des Verbotes ergeben (Planck Anm. 1b; RGEntsch. 68, 358ff. 367). Besonders der Zweck des Verbots aber führt zur Annahme der Nichtigkeit der gegen die Höchstpreisfestsetzungen verstoßenden Rechtsgeschäfte. Denn es handelt sich um Maßnahmen, durch die die Bevölkerung des Deutschen Reiches vor der Gefahr der Entbehrung in den wichtigsten Teilen ihrer Versorgung mit den Gegenständen des Verbrauchs nach Möglichkeit geschützt und befähigt werden soll, die durch den Krieg seiner Volkswirtschaft und jeder Einzelwirtschaft drohenden Schäden zu ertragen. Die diesem Zweck zuwiderlaufenden, also gemeingefährlichen, auf „spekulative oder unlautere Machenschaften zurückgehenden übertriebenen Preissteigerungen" (vgl. die Begründung a. a. O.) zu verhindern, sind, wie die tägliche Erfahrung lehrt, lediglich Strafdrohungen völlig unzureichend, die Verwirklichung des Gesetzeszweckes ist nur dadurch zu erreichen, daß die ihm zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfte unmöglich gemacht

werden. Ansprüchen, die aus solchen hergeleitet werden könnten, ist also die gesetzliche Anerkennung überhaupt zu versagen.

Deshalb muß der von Hachenburg in der LeipzZ. 1915, 15. 16 aufgestellten, vom Reichsgericht in zwei in JW. 1916, 1021[9] und in Warneyers Rspr. 1916, 385 abgedruckten Entscheidungen v. 19. Mai und 23. Juni 1916 und anscheinend auch vom Beklagten geteilten Meinung widersprochen werden, daß, weil es nicht Zweck des Gesetzes sei, Kaufverträge über die unter die Höchstpreisfestsetzungen fallenden Waren zu verhindern, das unter Überschreitung des Höchstpreises abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern daß nur der Warenpreis auf den zulässigen Satz zurückzuführen sei. Hachenburg zerlegt das Geschäft in zwei Teile, deren einem er die Wirksamkeit zuspricht, die er dem andern versagt. Das wäre nur möglich, wenn § 139 BGB. zur Anwendung käme. Ein hierher gehöriger Fall liegt jedoch nicht vor, weil es sich bei der Bestimmung einerseits der Ware und anderseits des Kaufpreises nicht um mehrere, zu einer Einheit zusammengefaßte Rechtsgeschäfte, sondern um die notwendigen Bestandteile eines und desselben Rechtsgeschäfts handelt (RGEntsch. 78, 120) und die Nichtigkeit eines solchen Bestandteils den andern nicht zur rechtsgeschäftlichen Wirkung gelangen lassen kann (Planck 370 Anm. 1 zu § 139). Mit gutem Grunde widerspricht deshalb auch Busch (in DJZ. 1916, 127. 128) der Annahme Hachenburgs, indem er darauf hinweist, daß durch letztere in das Gesetz ein diesem fremder Zwang zum Vertragsabschluß eingeführt werde und auch ein Vertrag zum Höchstpreise ohne Einigung der Parteien über Ware und Preis nicht möglich sei. Das ist es, was insbesondere der Begründung der angezogenen reichsgerichtlichen Entscheidungen entgegensteht. Diese folgert aus dem Inhalt und Zweck des Gesetzes, daß die unter Überschreitung der Höchstpreisgrenze geschlossenen Verkäufe aufrechtzuerhalten und nur die Preise auf das erlaubte Maß herabzusetzen seien. Das Gesetz enthält weder eine solche Anordnung, die ohne weiteres den Höchstpreis an Stelle des vereinbarten Preises zum Vertragspreise erhöbe, noch eine Ermächtigung des Richters, die, wie § 343 BGB. im Fall einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe deren Herabsetzung auf den angemessenen Betrag, so die Herabsetzung des den Höchstpreis überschreitenden Vertragspreises auf jenen gestattete. Daß aber die Eröffnung der Möglichkeit für den Erwerber der der Höchstpreisbestimmung unterliegenden Ware, diese ohne anderweitige Einigung mit dem Veräußerer an Stelle des vereinbarten Preises mit dem niedrigen Höchstpreise zu bezahlen, zur Erreichung des Gesetzeszwecks, „die verfügbaren Vorräte gegen Preise, die sich innerhalb der gesetzten Grenzen halten, in den Verkehr zu bringen", nicht beitragen, sondern ihm entgegenwirken würde, lehrt die tägliche Erfahrung der jetzigen Zeitläufte. Jedenfalls ist auch dann, wenn der Erwerber einer den Höchstpreisbestimmungen unterliegenden Ware sich insgeheim vorbehalten wollte, nicht den vereinbarten, sondern nur den Höchstpreis zu bezahlen, eine Einigung auf diesen nicht er-

folgt und ein Vertrag, durch den der Veräußerer verpflichtet würde, Zug um Zug gegen Bezahlung eines nicht vereinbarten Preises die verkaufte Ware zu übergeben, nicht abgeschlossen worden.

Die Nichtigkeit der Veräußerungsverträge, die unter Überschreitung der auf Grund des Gesetzes festgesetzten Höchstpreise abgeschlossen werden, ist aber weiter auch daraus zu folgern, daß das Gesetz als Strafgesetz die von ihm verbotenen Rechtsgeschäfte an beiden vertragschließenden Teilen ahndet (§ 6 Fassung v. 17. Dez. 1914, RGBl. 515). Das folgt bereits aus Nr. 1 der Strafandrohung, wonach der angedrohten Strafe verfällt, „wer die nach § 1 festgesetzten Höchstpreise überschreitet", und wird noch verdeutlicht durch Nr. 2, wo ebenso der zum Abschlusse eines solchen Vertrages Auffordernde wie der dazu sich Erbietende mit Strafe bedroht wird (vgl. RG. in JW. 1915, 1201 [1a. b], 1207[9]). In Fällen dieser Art ist anzunehmen, daß die Strafdrohung sich gegen das Rechtsgeschäft als solches richtet, dieses im ganzen ungültig sein soll;

vgl. Komm. von RGRäten 159 Anm. 2; Planck 349 Anm. 2b; Staudinger[8] 1, 520 ff. Anm. 5c. zu § 134 und die angez. Entsch., bes. RGEntsch. 60, 275 ff., 279; und RG. in Goltd. Arch. 54, 416.

Auch aus diesem Grunde sind Rechtsgeschäfte, die nach dem Inkrafttreten der die Höchstpreise festsetzenden Bestimmungen unter Überschreitung dieser Preise abgeschlossen werden, nach § 134 BGB. nichtig (vgl. Mayer Privatr. des Krieges 30). Die Nichtigkeit ist von Amts wegen zu berücksichtigen. — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 25. Sept. 1916. J. (Kl.) w. R. 5 O. 66/16. Ch.

2. Bleibt eine Vollmacht zur Löschung im Grundbuch nach dem Tode des Vollmachtgebers gültig?

Vgl. 48 Nr. 182 m. N.; 69 Nr. 49.
BGB. §§ 168. 672; GBO. 29.

Die Witwe D. beantragte in eigenem wie im Namen der Erben des Jakob D. die Löschung der zugunsten der Witwe und der Erben des Jakob D. auf dem Grundbuchblatt der Eheleute K. eingetragenen Hypotheken. Sie handelte als Vertreter der Erben auf Grund einer von diesen ausgestellten notariellen Vollmacht. Zwei dieser Erben waren inzwischen gestorben. Das Grundbuchamt lehnte die Löschung ab, weil die Vollmacht durch den Tod dieser Erben erloschen sei. Beschwerde und weitere Beschwerde blieben erfolglos. — Aus den Gründen:

„Nach § 168 BGB. bestimmt sich das Erlöschen einer Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse. Die Vollmacht besteht daher nur dann über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fort, wenn das der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch den Tod des Vollmachtgebers nicht aufgehoben wird. Beruht die Vollmacht

auf einem Auftrage, so kommt die Auslegungsregel des § 672 BGB. in Betracht, wonach der Auftrag im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers erlischt; auch auf einen Dienstvertrag oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, findet der § 672 gemäß § 675 entsprechende Anwendung. Für den Grundbuchverkehr kann aber die von einem Verstorbenen ausgestellte Vollmacht die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten auch zur Vertretung der Erben nur dartun, wenn sich aus der Vollmachtsurkunde selbst die Fortgeltung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers ergibt oder durch öffentliche Urkunden (§ 29 GBO.) nachgewiesen wird, daß der Vollmacht ein über den Tod des Vollmachtgebers fortdauerndes Rechtsverhältnis zugrunde liegt (RJA. 10, 263; Samml. 14, 317). Das Landgericht hat ohne Rechtsirrtum verneint, daß der Nachweis der Fortdauer der Vollmacht des Peter D. und der Elisabeth R. über deren Tod erbracht sei. Aus der Vollmachtsurkunde ergibt sich nicht, daß die Vollmachtgeber die Vollmacht für sich und ihre Erben ausgestellt haben, ebensowenig welches Rechtsverhältnis der Vollmachterteilung zugrunde liegt; das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist auch nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen.

Der Beschwerdeführer meint, das Landgericht hätte durch Auslegung aus der Urkunde und unter Würdigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse finden müssen, daß das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein Auftrag an die Vollmachtnehmerin sei; es handle sich auch nicht um eine allgemeine Vollmacht, sondern um eine ganz besondere Vollmacht zur Löschung der gemeinschaftlichen Hypothek, woraus der Wille der Vollmachtgeber, daß die Vollmacht für die Erben wirksam sein solle, zu entnehmen sei. Diese Ausführungen sind nicht zutreffend; es handelt sich nicht um eine besondere Vollmacht zur Löschung der hier in Frage stehenden Hypotheken, sondern um eine allgemeine Vollmacht zur Löschung aller für die Erben des Jakob D. gemeinschaftlich eingetragenen Hypotheken ohne Angabe des Erlöschungsgrundes. Aus dieser Vollmacht läßt sich nicht entnehmen, auf welchem Rechtsverhältnisse sie beruht; welche ‚in Betracht kommenden Verhältnisse', aus denen sich ein Auftrag ergebe, das Grundbuchamt hätte würdigen sollen, ist nicht zu ersehen."

Beschluß des Obersten LG. f. Bayern (1. Sen.) v. 28. Mai 1915. Reg. III. 30/15. BayObLGZ. 16, 97.

---

3. Der zu ersetzende Gewinnentgang beschränkt sich nicht auf den Gewinn, der sonst rechtlich beansprucht werden konnte.

Vgl. 62 Nr. 103; 63 Nr. 150.

BGB. § 252.

Die Krankenkassen der Stadt Braunschweig, die dem verklagten Vereine angehören, schlossen am 2. Dezember 1913 wegen eines Streits mit den



Braunschweiger Ärzten einen notariellen Vertrag mit dem Kläger und zwei andern Ärzten, durch den diese auf die Dauer von 10 Jahren unter Zusicherung eines jährlichen Einkommens von je 10000 ℳ verpflichtet wurden, die ärztliche Krankenkassentätigkeit in Braunschweig auszuüben. Bald darauf einigte sich der verklagte Verein mit den Braunschweiger Ärzten wieder, entließ die drei Kassenärzte und untersagte ihnen jede Tätigkeit als Krankenkassenärzte. Beklagter, der nicht verkennt, daß dem Kläger hieraus ein Schadenersatzanspruch erwachsen ist, zahlte dem Kläger die zugesicherte Summe von 10000 ℳ für das Jahr 1914 aus. Kläger erhob Klage auf Zahlung von vorläufig 5000 ℳ des Schadens, der ihm, abgesehen von den gezahlten 10000 ℳ, durch die vertragwidrige Nichtbeschäftigung als Arzt angeblich in Höhe von über 13000 ℳ entstanden sei, indem er behauptete, im Fall seiner Tätigkeit als Kassenarzt hätte er mit Wahrscheinlichkeit durch Ausübung ärztlicher Tätigkeit noch den bezeichneten Betrag verdienen können. — In den ersten Instanzen wurde die Klage abgewiesen; das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht hat den Begriff des Schadenersatzes verkannt. Nach § 252 BGB. umfaßt der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Damit ist klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, daß nicht nur der entgangene Gewinn, auf dessen Erzielung ein Anspruch bestand, von dem Begriff des Schadenersatzes umfaßt wird. Vielmehr macht es — wenigstens in der Regel — keinen Unterschied, ob ein Recht auf den Gewinn bestand oder ob der Gewinnentgang nur tatsächlicher Natur ist (vgl. auch RGSt. 41, 375). Deshalb kommt im vorliegenden Fall nichts darauf an, ob dem Kläger ein klagbarer Anspruch auf die Beschäftigung als Kassenarzt, die ihm die Erzielung des Gewinnes ermöglichte, zustand oder nicht. Die Ausführungen des Ber.-Gerichts, die darauf hinauslaufen, daß dem Kläger der erhobene Anspruch nicht zustehe, weil ihm die Erlangung des von ihm behaupteten Gewinns nicht zugesichert worden sei, sind rechtsirrtümlich. Der grundlose Rücktritt des Beklagten vom Vertrage erzeugte den Schadenersatzanspruch. Zur Ermittelung dieses Schadens ist die wirtschaftliche Lage des Klägers, wie sie sich ohne den Rücktritt des Beklagten gestaltet haben würde, mit der wirtschaftlichen Lage des Klägers, wie sie sich infolge des Rücktritts des Beklagten gestaltet hat, zu vergleichen. Hätte Beklagter den Vertrag eingehalten, so wäre Kläger beschäftigt worden, und dann hätte er nach seiner Behauptung den in der Klageschrift näher bezeichneten Gewinn nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles machen können. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. Mai 1916. L. (Kl.) w. Verein B. u. f. Krk. (OLG. Braunschweig). III. 41/16.

4. Wo sind vom Staat beschlagnahmte Gegenstände zurückzuliefern? Zulässigkeit des Rechtsweges.

Vgl. 58 Nr. 61 m. N.; 65 Nr. 166.
BGB. §§ 269. 697. 839; GVG. § 13.

In der Fabrik der Klägerin in Bad Oldesloe waren im Herbst 1915 auf Anordnung des Amtsgerichts Lübeck 1619 Säcke beschlagnahmt worden, welche die Klägerin von einer Anzahl Knaben gekauft hatte. Das Amtsgericht war bei der Beschlagnahme von der Annahme ausgegangen, daß die Säcke zu einer größeren Anzahl von Säcken gehörten, welche durch Knaben von Lübecker Lagerplätzen gestohlen worden waren. Nach beendigter Strafuntersuchung teilte das Polizeiamt in Lübeck der Klägerin mit, daß 506 Säcke zu ihrer Verfügung auf der Polizeiwache St. Lorenz ständen. Klägerin forderte kostenfreie Rücksendung nach Oldesloe; das Polizeiamt lehnte dieses Ersuchen ab. Klägerin meinte, daß das Polizeiamt zur kostenfreien Rücksendung der Säcke an sie verpflichtet sei und erhob Klage auf kostenfreie Übersendung der Säcke gegen den Lübeckischen Staat. — Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Beklagte hat gegenüber dem Klaganspruch zunächst die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben, da die zur Entscheidung stehende Frage öffentlich-rechtlicher Natur und der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte entzogen sei. Die Einrede ist nicht begründet. Die Beschlagnahme von beweglichen Sachen, welche sich im Besitze von Privatpersonen befinden, durch die dazu berufenen Organe des Staats erfolgt zur Sicherung und Durchführung der dem Staate obliegenden Strafgewalt und stellt sich demgemäß als eine Handlung der Staatsgewalt dar, die allerdings zunächst zwischen dem Staat und dem von der Beschlagnahme Betroffenen ein dem öffentlichen Recht unterliegendes Rechtsverhältnis zur Entstehung bringt. Das schließt aber nicht aus, daß durch die Beschlagnahme auch Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und dem von der Beschlagnahme Betroffenen erzeugt werden, welche privatrechtlichen Charakter haben und aus denen privatrechtliche Ansprüche erwachsen. Es mag hier auf die Entscheidung des RG. in Entsch. 51, 219 (in SeuffA. 58 Nr. 61) verwiesen werden, in welcher eine Zusammenstellung der Entscheidungen des Reichsgerichts enthalten ist, welche den vertragartigen oder vertragähnlichen Charakter der durch die Beschlagnahme entstehenden Rechtsbeziehungen anerkannt haben.

Ist somit davon auszugehen, daß aus der Beschlagnahme bürgerlich-rechtliche Ansprüche zwischen den Parteien entstanden sind, so ergibt weiter der § 13 GVG., daß das angerufene ordentliche Gericht zur Entscheidung derartiger Rechtsstreitigkeiten berufen ist, ‚falls nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind‘. Für Lübeck ist eine derartige Bestimmung nicht getroffen. — — — Darnach ist die Zulässigkeit des

Rechtswegs für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht zu bezweifeln.

In der Sache selbst kommt es darauf an, an welchem Ort der Beklagte der Klägerin die beschlagnahmten Säcke zurückzugeben hatte, nachdem die Beschlagnahme aufgehoben war, und ob der Beklagte darnach verpflichtet war, die Säcke der Klägerin an ihren Wohnsitz kostenfrei zurückzusenden. Mag man nun das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis als ein ‚stillschweigend geschlossenes vertragartiges oder als ein dem Verwahrungsvertrage ähnlich oder gleich zu erachtendes Rechtsverhältnis bezeichnen (RGEntsch. 51, 221): in keinem Fall wird man sagen können, daß für die Verpflichtung des Staates zur Rückerstattung des beschlagnahmten Gegenstandes ein andrer Leistungsort als Lübeck in Betracht komme (§ 269 BGB.).

Der Verwahrer hat nach § 697 BGB. die hinterlegte Sache an dem Ort zurückzugeben, an welchem die Sache aufzubewahren war, und ist nicht verpflichtet, sie dem Hinterleger zu bringen. Will man also das Rechtsverhältnis der Parteien nach den Vorschriften über die Verwahrung behandeln, so besteht für den Beklagten gewiß keine Übersendungspflicht. Aber auch wenn hier ein vertragähnliches Verhältnis besonderer Art als vorliegend angenommen wird, ist kein Grund ersichtlich, in Ansehung des Leistungsorts von der im § 269 BGB. zum Ausdruck gebrachten Regel abzuweichen, nach welcher der Schuldner an seinem Wohnsitz zu leisten hat, wenn ein andrer Leistungsort weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Letzteres ist hier nicht der Fall. Das Landgericht begründet seine abweichende Ansicht dahin:

> Bei der Beschlagnahme gelangten die Sachen nicht auf Grund des Willens dessen, dem sie weggenommen wurden, in den Besitz des Staates, sondern ohne oder gegen seinen Willen und in öffentlichem Interesse, also in dem Interesse, das der Staat zu vertreten habe, das sein Interesse sei. Es sei daher billig, daß dem Besitzer der Sache nicht mehr Nachteile auferlegt würden als das öffentliche Interesse hier unbedingt erfordere, und daß, nachdem der Grund für die Beschlagnahme weggefallen sei, der frühere Zustand hergestellt werde, und zwar auf Kosten des Staates, der die Veränderung in seinem Interesse vorgenommen habe. Deshalb entspringe es hier dem zwischen dem Staat und dem früheren Besitzer durch die Beschlagnahme entstandenen Schuldverhältnisse, daß der Staat die Sache am Ort der Wegnahme zurückgebe; und deshalb sei der Staat nach § 269 BGB. verpflichtet, die beschlagnahmte Sache, wenn er sie anderswohin gebracht habe, auf seine Kosten an den Wegnahmeort zurückzuschaffen.

Das sind aber keine zur Annahme einer Zurückschaffungspflicht des Staates zwingende Gründe, sondern Billigkeitsgründe, von denen überdies auch nicht bei jeder Sachlage die Rede sein kann. So scheint die Sache gerade auch hier zu liegen, da die Klägerin die streitigen Säcke von Knaben gekauft hat, diese

Knaben es auch gewesen sind, welche eine große Anzahl von Säcken auf Lübecker Lagerplätzen gestohlen hatten; da ein Teil der bei der Klägerin beschlagnahmten Säcke mit dem Zeichen Lübecker Firmen versehen waren und es zur Feststellung, ob und wieweit die Säcke in Lübeck gestohlen seien, der Vorlegung in Lübeck bedurfte; da auch ein Teil der Säcke nach den Ermittelungen gestohlen war und auch gegen die Kläger als Inhaber ein Ermittelungsverfahren wegen Hehlerei geschwebt hat. Dies ergibt zugleich, daß die Beschlagnahme der Säcke nach § 94 StrPO. durchaus gerechtfertigt war und daß ein schuldhaftes Verhalten der Organe des Lübeckischen Staates, welches diese gemäß § 839 BGB. oder gemäß dem lübeckschen Gesetze v. 17. Febr. 1912 den Staat an ihrer Stelle zum Schadenersatz verpflichten könnte, nicht in Frage kommt.

Ebensowenig kann von einer vergehenähnlichen Haftung des Beklagten auf Schadenersatz hier die Rede sein.

Nach alledem ließe sich hier eine Haftung des verklagten Staates nur auf eine den vorerwähnten Billigkeitsgründen Rechnung tragende besondere gesetzliche Bestimmung gründen. Eine solche Bestimmung besteht aber nicht. Vielmehr ergibt sich aus den Verhandlungen, die bei der 2. Beratung der Strafprozeßordnung im Plenum des Reichstags stattgefunden haben (Hahn Mater. zur StPO. 1806), daß der Reichstag und die verbündeten Regierungen grundsätzlich eine Haftung des Staats für die nachteiligen Folgen einer Beschlagnahme gegenüber dem von dieser Beschlagnahme Betroffenen abgelehnt haben. Längere Zeit nach Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze ist dann durch ein Sondergesetz, nämlich das Gesetz betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft v. 14. Juli 1904, wohl eine Entschädigungspflicht des Staats, soweit es sich um die nachteiligen Folgen einer im Interesse der Strafverfolgung angeordneten Beschränkung der persönlichen Freiheit handelt, festgesetzt; eine entsprechend geregelte Haftpflicht des Staats für die nachteiligen Folgen einer im Interesse der Strafverfolgung angeordneten Beschlagnahme ist aber bisher nicht gesetzlich festgesetzt worden.

Auf Grund dieser Erwägungen kann eine Verpflichtung des verklagten Staats zur kostenfreien Rücksendung der beschlagnahmten Säcke an die Klägerin nach Oldesloe nicht anerkannt werden. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 13. Juli 1916. A. L. & Co. w. Lüb. Staat. Bf. VI. 197/16. Nö.

5. Zur Anwendung der sog. Kriegsklausel genügt der tatsächliche Kriegsausbruch.

BGB. §§ 287. 157.

Das Landgericht gründet seine Entscheidung darauf, daß die Beklagte am 1. August 1914, also im Zeitpunkt des Eintritts der Lieferpflicht, noch

eine Warenmenge zur Verfügung gehabt habe, die an sich zur Erfüllung des Vertrages hätte verwendet werden können, daß sie daher am 1. August in Lieferverzug geraten sei, weshalb § 287 BGB. gegen sie angewendet werden müsse. Hierbei wird aber die Bedeutung der Kriegsklausel in § 1c der Verkaufsbedingungen verkannt. Der Satz:

Krieg, Blockade, Epidemie, Ein- oder Ausfuhrverbot, welche die Verschiffung aus dem Bezugslande oder die Einfuhr der Ware verhindern, entbinden von der Lieferpflicht,

hat die Bedeutung, daß der verkaufende Großkaufmann, der ja nicht immer nur eine einzelne bestimmte Warenmenge an einen einzelnen Abkäufer verkauft, sondern meist gleichzeitig eine Reihe von Verträgen laufen hat, zu deren Erfüllung er einführt, gegen die geschäftlichen Schwierigkeiten geschützt werden soll, die für ihn dadurch entstehen, daß infolge Kriegsausbruchs oder infolge der andern in obigem Vorbehalt erwähnten Umstände die Einfuhr der in Frage kommenden Warengattung aus dem Bezugslande behindert wird. Es kommt demnach lediglich darauf an, ob im Sinne des Vorbehalts am 1. Aug. 1914 bereits der Krieg ausgebrochen war und ob infolgedessen der Bezug der hier in Frage stehenden Warengattung, nämlich südrussischer Gerste, aus Rußland bereits am 1. Aug. 1914 verhindert ward. Beides ist zu bejahen. Bereits am 31. Juli 1914 war Deutschland im erklärten Kriegszustand (vgl. die kaiserl. Verordn. v. 31. Juli 1914, RGBl. 1914, 263). Im Hinblick auf das bedrohliche Vordringen der russischen Armeen gegen die östlichen Grenzen war schon am 31. Juli das bekannte Ultimatum an Rußland ergangen. Als die darin gesetzte 12 stündige Frist für die Einstellung der Kriegsvorbereitungen russischerseits unbefolgt geblieben war, erfolgte bereits am Nachmittag des 1. August die allgemeine Mobilmachung, verbunden mit dem Aufruf des Landsturms (Verordn. des Kaisers v. 1. Aug. 1914, RGBl., 273). Nach diesen offenkundigen Tatsachen war am Nachmittage des 1. August der Krieg mit Rußland im Sprachgebrauch des Lebens, und deshalb auch im Sinne des Vorbehalts bereits ausgebrochen, einerlei, ob eine förmliche Kriegserklärung 1 bis 2 Tage später erst erfolgte oder ob Rußland ohne die bei zivilisierten Völkern übliche Formalität einer Kriegserklärung ohne weiteres mit Feindseligkeiten begann.

Daß nun infolge dieses Kriegsausbruchs die Verschiffung von russischer Gerste aus Rußland bereits am 1. August verhindert wurde, bedarf bei der Gerichtskundigkeit der großen Versendungsschwierigkeiten vom russischen Ausland ins Inland, welche mit der allgemeinen Mobilmachung eintraten oder in Anlaß der Fruchtlosigkeit des Ultimatums an Rußland bereits eingetreten waren, keines weiteren Beweises. Die Beklagte war also auf Grund des § 1 des Vertrages nicht mehr zur Lieferung verpflichtet, der Schadenersatzanspruch ist mithin unbegründet.

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 19. Nov. 1915. B. (Kl.) w. Th. M. Bf. I. 120/15. B.

6. Nach § 321 BGB. hat der Gläubiger nicht das Recht, ohne vorzuleisten Barzahlung oder Sicherstellung zu verlangen.

Vgl. 57 Nr. 188; 58 Nr. 164; 59 Nr. 54.
BGB. §§ 321. 326.

Der Beklagte hatte im Oktober 1911 vom Kläger 10000 kg Zucker zum Preise von 47,50 M für 100 kg gekauft, zahlbar entweder in 2 Monaten nach Lieferung oder sofort mit 1% Skonto, und sich verpflichtet, diesen Zucker vom 1. Okt. 1912 bis zum 31. März 1913 abzurufen. Die Abnahme des am 30. Nov. 1912 auf Abruf gelieferten Zuckers lehnte der Beklagte ab, da der Fuhrmann des Klägers die Ware nur gegen Barzahlung ausliefern zu dürfen erklärte. Auf Befragen erhielt er vom Kläger den Bescheid, daß ihm nur noch gegen Barzahlung geliefert würde. Daraufhin rief der Beklagte nicht ab, obgleich ihn der Kläger wiederholt dazu aufforderte und ihm mitteilte, daß er nach dem 31. März 1913 infolge Auflösung dieser Warenabteilung zur Lieferung des Zuckers nicht mehr imstande sei. Der Kläger erhob dann Klage auf Schadenersatz im Betrage von 850 M nebst 5% Zinsen seit 1. Juli 1913. Er behauptete, daß er, da der Beklagte seine früheren Verpflichtungen erheblich verspätet erfüllt habe, berechtigt gewesen sei, Barzahlung zu verlangen, daß der Beklagte mit dem 31. März 1913 in Abnahme- und Zahlungsverzug geraten sei und daß Kläger infolge der Auflösung der Warenabteilung seitdem kein Interesse mehr an der Vertragserfüllung gehabt habe. Er forderte als Schadenersatz den Unterschied zwischen dem Verkaufs- und dem Börsen- und Marktpreise am 31. März 1913 mit 8,50 M für je 100 kg. — Die Klage wurde abgewiesen. Gründe des Ber.-Urteils:

„Nach den Parteierklärungen steht fest, daß der Beklagte gegen zweimonatiges Ziel gekauft hatte und der Kläger sonach vorleistungspflichtig war. Wenn man einmal zugunsten des Klägers die vom Beklagten lebhaft bestrittene Behauptung als wahr unterstellt, daß sein Anspruch auf die Bezahlung des Kaufpreises dadurch gefährdet gewesen sei, daß in den Vermögensverhältnissen des Beklagten nach dem Kaufabschluß eine wesentliche Verschlechterung eingetreten sei, so war er auf Grund der Bestimmung des § 321 BGB. berechtigt, die Lieferung zu verweigern, bis der Beklagte Zahlung dafür leistete oder Sicherheit für seine Gegenleistung gewährte. Dagegen gewährt ihm diese Gesetzesstelle keinen Anspruch darauf, daß der Beklagte ihm den Zucker Zug um Zug gegen Barzahlung oder Sicherstellung der Kaufpreisschuld abnehme, noch kann er die Leistung des Beklagten ohne seine Vorleistung fordern. Vielmehr beschränkt sich das ihm durch § 321 eingeräumte Recht darauf, seinerseits die Leistung zu verweigern. Das hat nicht zur Folge, daß der Beklagte in Zahlungsverzug kommen kann ohne daß ihm zuvor der gekaufte Zucker vertragmäßig angeboten und geliefert worden ist. Er kann auch nur durch ein vorbehaltloses Angebot der Ware in Annahmeverzug gesetzt werden.

Wenn der Vorleistungspflichtige von der Befugnis des § 321 Gebrauch macht, entsteht damit, wie dem Kläger zuzugeben ist, ein eigentümlicher und unerquicklicher Schwebezustand: der Verkäufer braucht nicht zu liefern, bis der Käufer gezahlt oder sichergestellt hat, anderseits ist der Käufer nicht zur Zahlung oder Sicherstellung verpflichtet und kann nicht in Verzug gesetzt werden, wenn der Verkäufer nicht vorleistet.

Insoweit nun der Käufer dem Verkäufer gegenüber nicht mehr auf dessen vertragmäßiger Vorleistung bestehen kann, kann zwar von einer gesetzlichen Änderung der Vorleistungspflicht des Verkäufers gesprochen werden; doch kann daraus allein, daß das Gesetz einem Vertragsteil gegebenenfalls ein Recht zur Leistungsverweigerung einräumt, keineswegs gefolgert werden, daß ihm damit zugleich gestattet sein solle, auch gegen den Willen des Käufers einen wesentlich anderen, für diesen beschwerlicheren Vertragsinhalt geltend zu machen (vgl. RGEntsch. 53, 64). Allerdings würde es eine Unbilligkeit für den Verkäufer bedeuten, wenn das Gesetz ihm zumutete, für alle Zeit sich leistungsbereit zu halten für den Fall, daß sich der Käufer einmal entschließt, den Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung zu zahlen oder sicherzustellen, oder doch durch den Nachweis der Besserung seiner Vermögensverhältnisse die Einrede aus § 321 BGB. beseitigt. Diese Erwägung kann aber, wie das Ber.-Gericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (vgl. insbes. Staub Exk. zu § 373 HGB. Bem. 38ff. und Planck[4] Bem. b zu § 321 BGB.) annimmt, nur dazu führen, daß man dem Vorleistungspflichtigen das Recht einräumt, den Gegner unter Setzung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er Zug um Zug zahlen oder sicherstellen wolle. Ein solches Vorgehen entspricht durchaus den Grundsätzen des Bürgerl. Gesetzbuchs über die Schaffung klarer Verhältnisse. Schweigt der Käufer auf die Aufforderung oder lehnt er ab, so wird man dem zur Vorleistung verpflichteten Verkäufer in Anwendung des § 346 HGB. und des § 157 BGB. das Recht zum Rücktritt vom Vertrage gewähren dürfen, und zwar weil solches dem mutmaßlichen Willen der Parteien beim Vertragsabschluß entspricht und weil der Käufer, in dessen Person die Gründe, welche die Ausführung des Vertrags verhindern, entstanden sind und der sich weigert, diese Hinderungsgründe zu beseitigen, gegen Treu und Glauben handeln würde, wenn er gleichwohl den Verkäufer am Vertrage festhalten wollte.

Nach alledem kann der Vorleistungspflichtige nach Befinden wohl dazu kommen, sich von dem Vertrage freizumachen. Aber es ist unmöglich, ihm darüber hinaus das Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Maßgabe des § 326 BGB. zuzusprechen, weil diese Gesetzesstelle den Verzug des Gegners zur notwendigen Voraussetzung hat."

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 9. Juli 1916. W. w. H. 1 O. 10/14.

F—ch.



7. Krieg ist höhere Gewalt.

(Vgl. 71 Nr. 223 m. N.)
BGB. 323.

In dem Kaufvertrage befand sich der Vorbehalt: Force majeure befreit den Verkäufer von der Erfüllung. Aus diesem Grunde berief sich die verklagte Firma, als sie wegen Nichtlieferung auf Schadenersatz in Anspruch genommen wurde, auf den Krieg. — Die Klage wurde in 3. Instanz abgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Es stand nach dem Inhalt des streitigen Vertrages der Beklagten frei, die vertragmäßige Ware, nämlich Superior Sommer Ariba-Kakao der Ernte 1914, in beliebiger Weise, insbesondere auch vom Lager zu liefern. Deswegen war für sie die Leistung möglich, wenn in den für die Lieferung bestimmten Monaten solche Ware zu Hamburg am Markte war, was das Ber.-Gericht auf Grund der Gutachten festgestellt hat.

Gemäß der Regel der §§ 275. 279 ist die Beklagte also nicht von der Leistung freigeworden. Die Befreiung ist aber entgegen der Meinung des Ber.-Gerichts auf Grund der force-majeure-Klausel eingetreten. Nach dem Ausspruch des Ber.-Gerichts soll Krieg als höhere Gewalt bei bestehenden Verträgen nur dann gelten, wenn er einem Kontrahenten die Erfüllung des Vertrages unmöglich macht. Dabei ist der Rechtsbegriff der höheren Gewalt verkannt. Ob ein Ereignis höhere Gewalt ist, bestimmt sich nicht nach seinen Folgen, sondern nach seinem Wesen. Jedes von außen kommende Ereignis übermächtiger Art, und somit auch der Krieg, ist stets höhere Gewalt. Dies ist seit dem Urteil v. 20. Mai 1915 (II. 83/15; RGEntsch. 87, 92) von dem erkennenden Senat stets festgehalten worden. Wenn nun, wie im Streitfall, der Verkäufer im Vertrage höhere Gewalt vorbehält, so kann damit allerdings nicht jedes in diese Kategorie fallende Ereignis, namentlich nicht jeder Krieg gemeint sein, der sich irgendwo in der Welt zuträgt. Nach Treu und Glauben können nur solche Fälle höherer Gewalt gemeint sein, durch welche die Betriebe, von denen der Verkäufer für die Lieferung abhängt, ernstlich betroffen und gestört werden. So hat der Senat ähnliche Klauseln stets ausgelegt und namentlich in den Urteilen II. 370/15 (abgedr. in Holdheims MSchr. 1916, 44) und II. 40/16 über einen dem jetzt streitigen, ganz ähnlichen Vorbehalt erkannt. An dieser Rechtsprechung wird festgehalten.

Nach ihr ist die Beklagte im Streitfall von der Leistung freigeworden. Denn es steht außer Zweifel, daß ihr Einfuhrhandel durch den gegenwärtigen Krieg aufs ärgste gestört ist, daß durch ihn die Vorbereitungen, die sie zur Erfüllung des streitigen Vertrages getroffen hatte, vereitelt sind, weil sie die Waren, die sie der Käuferin liefern wollte, nicht mehr auf dem üblichen Wege, sondern, wenn überhaupt, so nur mit größten Kosten und Gefahren hat beziehen können. Deswegen ist ihre Berufung auf den Vorbehalt gerechtfertigt.

Sie ist vom Vertrage frei, und der Anspruch des Käufers ist folglich unbegründet."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 7. Juli 1916. Van E. (Bkl.) w. M. (OLG. Hamburg). II. 154/16.

---

8. Ansprüche aus einem Militärdienst-Versicherungsvertrage und aus einer Sicherstellung mit dem Versicherungsschein.

Vgl. 59 Nr. 159 m. N.; 63 Nr. 224; auch 65 Nr. 165 m. N.
BGB. §§ 330. 273. 952. 1204.

Der Baumeister Sch. in B., zu dessen Vermögen am 1. Febr. 1915 das Konk.-Verfahren eröffnet wurde, hatte im Jahre 1907 mit einer Versicherungsanstalt einen Vertrag abgeschlossen, wonach diese betreffs des am 16. Febr. 1907 geborenen Sohnes des Sch. eine Vers.-Summe von 3000 ℳ entsprechend ihren Satzungen auszuzahlen versprach. Den hierüber ausgestellten Vers.-Schein hatte der Beklagte in Besitz. Der Kläger forderte als Konk.-Verwalter die Herausgabe des Scheines. Der Beklagte wandte ein, er habe den Schein im Jahre 1913 vom Gemeinschuldner zur Sicherheit für ein Darlehn eingehändigt erhalten; es seien ihm dabei die Rechte aus dem Vers.-Vertrage abgetreten, zum mindesten ein Zurückbehaltungsrecht an dem Schein eingeräumt worden. — In 2. Instanz wurde dem Klagantrage entsprochen mit folgender Begründung:

„Wenn ein Vater betreffs seines Sohnes kurze Zeit nach dessen Geburt eine Militärdienst-Versicherung eingeht, so will er im Zweifel, mindestens wenn es sich, wie hier, nicht bloß um den Eintritt seines Sohnes als Gemeinen handelt (SächsA. 1897, 378), nicht ein sofortiges Forderungsrecht des versicherten Sohnes begründen, sondern zunächst selbst die Rechte aus der Versicherung, insbesondere den Anspruch auf die künftige Auszahlung der Vers.-Summe erwerben; soll doch durch eine solche Versicherung in der Regel für die Bezahlung der nicht unerheblichen Kosten vorgesorgt werden, die dem Vater in Zukunft dadurch erwachsen, daß der Sohn seine Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger zu genügen hat. Zu diesem Zweck will er im Zweifel, jedenfalls bis zum Eintritt des Versicherungsfalls, die Verfügung über das Vers.-Kapital in der Hand behalten (OLGRspr. 24, 299). Ob etwa die zunächst nur vorhandene Aussicht des Sohnes sich nach dem Willen der Vertragsteile bei Eintritt des Vers.-Falles (der Einziehung zur Ableistung des Militärdienstes) in ein eigenes Recht desselben verwandle, kann unerörtert bleiben, da dieser Fall nicht vorliegt. Da sich im vorliegenden Fall aus dem vom Baumeister Sch. im Jahre 1907 abgeschlossenen Vers.-Vertrage, in dem der Sohn nur als der Versicherte, nicht als der auf die Vers.-Summe Berechtigte aufgeführt wird, nichts Gegenteiliges ergibt, so standen ihm die Rechte aus der

Versicherung und deshalb auch das Eigentum an der Polize zu (§ 952 Abs. 1 BGB.). Der Kläger kann daher als Verwalter des Sch.schen Konkurses diese Rechte geltend machen und vom Beklagten als Besitzer der Polize ihre Herausgabe verlangen.

Was der Beklagte dagegen vorbringt, vermag den Anspruch des Klägers nicht zu beseitigen.

Nach der eidlichen und durchaus glaubhaften Aussage des Gemeinschuldners hat er die Polize dem Beklagten im Jahre 1913 zur Sicherheit für ein Darlehn eingehändigt; dabei wurde ausgemacht, daß der Beklagte sie zu seiner Sicherung wegen des Darlehns in den Händen behalten und an ihn zurückgeben solle sobald das Darlehn zurückgezahlt sei; es ist aber eine besondere Vereinbarung über den Übergang der Rechte aus der Polize an den Beklagten nicht getroffen worden: die Vers.-Summe sei ja auf viele Jahre hinaus noch nicht fällig gewesen und die Polize habe deshalb nur als Sicherheit dienen können. Darnach hat der Gemeinschuldner die Rechte aus der Polize nicht auf den Beklagten übertragen wollen und es sind deshalb diese Rechte auch nicht auf ihn übergegangen. Die vom Beklagten behauptete Abtretung der Rechte ist somit unbewiesen.

Nach den Angaben des Zeugen hat er dem Beklagten die Polize zur Sicherheit für ein Darlehn eingehändigt. Eine Verpfändung der Forderungen aus der Polize ist damit nicht bewirkt worden, weil die nach § 1280 BGB. erforderliche Anzeige nicht erfolgt ist. Eine Verpfändung der Polize selbst ist ausgeschlossen, weil sie nicht Träger des verbrieften Rechts, sondern nur Beweis- oder Legitimationsurkunde ist (RGEntsch. 68, 282). Wohl aber wurde dem Beklagten dadurch an der Polize ein vertragmäßiges Zurückbehaltungsrecht eingeräumt; dieses hat jedoch keine dingliche Wirkung, denn ein dingliches Zurückbehaltungsrecht ist dem BGB. unbekannt. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des HGB. § 369 ist schon um deswillen nicht gegeben, weil es nur an beweglichen Sachen und Wertpapieren erlangt werden kann, mithin nicht an Beweis- oder Legitimationsurkunden. Ein persönliches Zurückbehaltungsrecht, das nach obigem begründet worden ist, ist aber dem Konkurse gegenüber, wie aus §§ 48ff. KO. folgt, unwirksam (RGEntsch. a. a. O.).

Die vom Beklagten angezogene Entscheidung dieses Oberlandesgerichts (SeuffA. 65 Nr. 165) behandelt einen anders gearteten Fall. Dort händigte der Schuldner seinem Gläubiger wegen eines Darlehns zur Sicherheit eine Lebensversicherungs-Polize ein, bei der die Vers.-Summe in zweiundeinhalb Jahren an den Schuldner zahlbar war, und es wurde dabei ausgemacht, daß das Darlehn aus der Vers.-Summe zurückgezahlt werden solle. In solchem Falle kann angenommen werden, daß der Schuldner den Anspruch auf die Vers.-Summe abtreten, oder dem Gläubiger eine widerrufliche Vollmacht zur Einziehung der Vers.-Summe erteilen wollte. Im vorliegenden Fall war aber die Vers.-Summe erst fällig, wenn der im Februar 1907 geborene Sohn in

das Heer oder die Marine eingestellt wurde; die Fälligkeit trat also erst etwa vierzehn Jahre nach der Hingabe der Police an den Beklagten ein. Es war ferner nicht ausgemacht, daß der Beklagte aus der Vers.-Summe Zahlung erhalten sollte. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 28. April 1916. Schr. Konk. w. W. 3 O. 26/16. F—ch.

---

9. Die Bestimmung „Kasse gegen Dokumente" verpflichtet nicht zur Vorleistung, wenn der Käufer weiß, daß die Ware vertragwidrig ist.

Bd. 64 Nr. 126 m. N.

BGB. §§ 433. 271.

Die Vertragsbestimmung „netto Kasse bei Überreichung der Faktura" verpflichtete den Kläger an und für sich zur Vorleistung, d. h. zur Zahlung vor Empfang der Ware. Eine solche Vorleistung konnte ihm aber billigerweise nicht zugemutet werden, wenn Beklagte ihm vor oder bei Überreichung der Faktura zu erkennen gab, daß die Ware von vertragwidriger Beschaffenheit sein werde. Das ist im vorliegenden Falle geschehen. Die Übersendung von Ausfallmustern stellt eine rechtserhebliche Willenserklärung dar, durch die zum Ausdruck gebracht wird, daß die zu liefernde Ware dem Ausfallmuster entsprechen werde. Wenn Kläger in diesem Falle auf die Faktura hin Zahlung geleistet hätte, so konnte dadurch der Anschein erweckt werden, daß er sich mit einer minderwertigen Ware zufrieden geben wolle. Der Umstand, daß Kläger auf Vorlegung von Ausfallmustern vertragmäßig keinen Anspruch hatte und daß er infolgedessen bei Verweigerung von Ausfallmustern sogleich bei Überreichung der Faktura hätte Zahlung leisten müssen, ändert an der Sachlage nichts. Nachdem Beklagte auf Ersuchen des Klägers Ausfallmuster geschickt hatte, war Kläger zu der Annahme berechtigt, daß die Ware so beschaffen sein werde wie die vorgelegten minderwertigen Muster. Kläger durfte daher die Zahlung einstweilen zurückhalten. Wenn die Ware selbst, wie Beklagte versichert, vollkommen vertragmäßig, also besser gewesen ist als die übersandten Ausfallmuster, so hätte Beklagte durch Übersendung andrer, der Ware entsprechender, Ausfallmuster den Kläger zur Vorleistung nötigen können. Das hat sie aber nicht getan, sie hat es auch abgelehnt, dem Kläger so lange einen Zahlungsaufschub zu bewilligen, bis er in ihrem Kontor einen Ballen von der Ware geprüft haben werde.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 15. Juni 1916. W. w. H. K. Bf. III. 284/15. Nö.

---

10. Bezieht sich die ausbedungene Lastenfreiheit auch auf Grunddienstbarkeiten?

Vgl. 63 Nr. 181.
BGB. §§ 434. 157.

Das Ber.-Gericht geht davon aus, daß das Bestehen eines das Kaufgrundstück als Grunddienstbarkeit belastenden Fahr- und Gehrechts des Landwirts Gr. festgestellt ist. — — — Nach dem § 434 BGB. war der Beklagte aber verpflichtet, dem Kläger das verkaufte Grundstück frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, und zu diesen Rechten gehört jede Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB.). Das Ber.-Gericht nimmt an, daß der Beklagte die gleiche Verpflichtung auch vertraggemäß übernommen habe, da er das Grundstück nach dem Kaufvertrage „lastenfrei" zu gewähren hatte. Der Angriff, den die Revision hiergegen richtet, ist hinfällig. Richtig ist, daß der Senat in dem herangezogenen Urteil (RGEntsch. Bd. 66 Nr. 75, in SeuffA. 63 Nr. 181) gegenüber der von ihm mißbilligten Auslegung des Ber.-Gerichts betont hat, daß das Bürgerl. Gesetzbuch unter „Lasten" nur Belastungen verstehe, vermöge deren Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind, nicht dagegen Belastungen zugunsten Dritter, die nur das Eigentums- und Verfügungsrecht des Grundstückseigentümers einschränken, wie Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten oder dingliches Vorkaufsrecht. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß es sich dort um die Auslegung einer Vertragsbestimmung handelte, nach der die Grundstücke „mit allen Rechten und Lasten" verkauft wurden, einer Vertragsbestimmung also, die, im Sinne des dortigen Ber.-Gerichts ausgelegt, die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Rechtsmängel erheblich einschränkte, und namentlich, daß es bei der Auslegung einer Vertragsbestimmung wesentlich auf den Sinn ankommt, den die Vertragschließenden damit verbunden haben (vgl. § 133 BGB.). Dies hat auch in dem in Rede stehenden Urteil Anerkennung gefunden, in dem ausgeführt ist: nur dann würden in der behandelten Vertragsbestimmung unter „Lasten" auch andre Belastungen, insbesondere Grunddienstbarkeiten, mitzuverstehen sein, wenn die Parteien beim Vertragschluß entsprechende Vereinbarungen hinsichtlich der Übernahme auch solcher Belastungen durch den Käufer getroffen hätten. Mit Bezug auf den vorliegenden Fall hat nun das Ber.-Gericht festgestellt, daß der Kläger bei den Vertragsverhandlungen das Bestehen von Wegerechten am Kaufgrundstück aufs bestimmteste bestritten hat, und erwogen: die Bestimmung, nach der der Beklagte das Grundstück „lastenfrei" gewähren sollte, sei hier, wo bei den Vertragsverhandlungen erörtert worden sei, daß Nachbarn des Beklagten Fahr- und Gehrechte in Anspruch nähmen, in den Vertrag aufgenommen, um eine besondere vertragmäßige Gewährleistungspflicht für den Beklagten zu begründen. Hiermit ist die Meinung des Ber.-Gerichts, daß sich die Bestimmung nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragschließen-

den gerade auf die bei den Vertragsverhandlungen zur Sprache gebrachten Wegerechte habe beziehen sollen, deutlich genug zum Ausdruck gebracht.

Kam der Beklagte seiner Verpflichtung nicht nach, dem Kläger das Grundstück frei insbesondere von der bezeichneten Grunddienstbarkeit zu verschaffen, so bestimmten sich die Rechte des Klägers gemäß dem § 440 BGB. nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327. — — —

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 12. April 1916. K. (Bkl.) w. Konſ.-Verein E. (OLG. Jena). V. 35/16.

11. Über das Maß der von einem Schullehrer zu beobachtenden Vorsicht.

Vgl. 64 Nr. 131.
BGB. §§ 823. 276.

Der Kläger hatte sich am 9. Sept. 1911 als Schüler einer Bezirksschule in L. in einer vom Beklagten als Lehrer abgehaltenen Zeichenstunde eine metallene Tuschfeder in das rechte Auge gestoßen und dieses dadurch verloren. Für den Schaden machte er den Beklagten verantwortlich, weil dieser ihn ohne Grund und Befugnis mit der Hand auf den Kopf geschlagen habe und er infolgedessen mit dem Kopfe herunter auf die Feder gefahren sei. — In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Das Ber.-Gericht machte die Entscheidung von einem Eide des Beklagten darüber abhängig, daß er, als er eine Handbewegung in der Nähe des Kopfes des Klägers gemacht, nicht gesehen habe, daß dieser die Tuschfeder aufwärts nach seinem Kopfe zu gerichtet gehalten habe. Die Revision wurde zurückgewiesen. Gründe:

„Nach der Feststellung des Ber.-Gerichts hat der Beklagte eine leichte Handbewegung in der Richtung nach dem Kopfe des Klägers hin gemacht, um durch einen aufmunternden Klaps die Aufmerksamkeit des Klägers zu erregen; die Handbewegung hat jedoch nicht eine solche Stärke gehabt, daß von einem Schlage gesprochen werden könnte. Ob der Beklagte den Kopf des Klägers vor dessen Verletzung durch die Tuschfeder getroffen hat oder ob der Kläger schon vorher ausgewichen ist, hat das Ber.-Gericht dahingestellt gelassen. Es hat aber verneint, daß Beklagter den Kläger gezüchtigt habe oder ihn habe züchtigen wollen, weil zum Begriff der Züchtigung ein Schlag von irgend beträchtlicher Stärke gehöre, der wirklichen Schmerz zu erregen geeignet sei. Endlich nimmt das Ber.-Gericht mit Rücksicht auf die geringe Heftigkeit der Bewegung des Beklagten nicht an, daß er etwa, ohne eigentlich zu züchtigen, einem Gefühle des Ärgers in unstatthafter Weise nachgegeben habe.

Wenn das Ber.-Gericht auf Grund dieser Feststellungen annimmt, eine unerlaubte Handlung falle dem Beklagten nur dann zur Last, wenn er vor Ausführung der Handbewegung in der Nähe des Kopfes des Klägers gesehen habe, daß Kläger die Tuschfeder aufwärts nach seinem Kopfe zu gerichtet

halte, so ist das nicht rechtsirrtümlich. Es hieße das Maß der im Verkehr erforderlichen Vorsicht überspannen, wollte man verlangen, daß Beklagter, ehe er die harmlose Handbewegung machte, sich davon überzeugte, daß Kläger nicht etwa die Tuschfeder aufwärts nach seinem Kopfe zu gerichtet hielt, zumal da er wiederholt den Schülern verboten hatte, die Tuschfeder steil nach aufwärts zu halten. Ein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt lag insbesondere auch nicht darin, daß der Beklagte sich die üble Angewohnheit des Klägers, bei Zurechtweisungen und ähnlichen Anlässen den Kopf nach vorn zu werfen, nicht vergegenwärtigte, da ihm billigerweise nicht angesonnen werden kann, während des Unterrichtens einer großen Anzahl von Schülern an jede üble Angewohnheit jedes einzelnen Schülers jederzeit zu denken. Prozeßverstöße sind in dem angefochtenen Urteil nicht enthalten."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 10. Juli 1916. K. (Kl.) w. W. (OLG. Dresden). III. 180/16.

---

12. Eigentumsstörung durch Geräusch; die Ortsüblichkeit wird durch politische Grenzen nicht ausgeschlossen.

Vgl. 69 Nr. 198 m. N.; 71 Nr. 166.
BGB. §§ 906. 1004.

— — — Während das Landgericht den Klaganspruch um deswillen abgewiesen hat, weil es annahm, daß das Geräusch, das von der Riemendreherei auf dem Grundstücke der Beklagten den Grundstücken des Klägers zugeführt wird, die Benutzung dieser Grundstücke nicht oder doch nicht wesentlich beeinträchtige, ist der Ber.-Richter, indem er die Frage der Unwesentlichkeit dahingestellt gelassen hat, zur Zurückweisung der Berufung gelangt auf Grund der Annahme, daß die Zuführung des Geräusches durch eine Benutzung des Grundstücks der Beklagten herbeigeführt werde, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich sei (§§ 1004. 906 BGB.). Er sieht nämlich auf Grund des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen, Gewerbeinspektors W., der als staatlicher Gewerbeaufsichts-Beamter für B. mit den örtlichen Verhältnissen und der Anschauung der dortigen Bevölkerung wohl vertraut sei, in Verbindung mit dem Gutachten des für L. zuständigen Gewerbeinspektors Tr. und den sonstigen Beweisaufnahmen als erwiesen an, daß die in Rede stehenden Grundstücke der Parteien in einem Wohngebiet mit ausgesprochenem Industriecharakter liegen, in welchem der Betrieb von Riemendrehereien auch zur Nachtzeit üblich sei. Er stellt ferner auf Grund des Gutachtens von W. fest, daß Bauart, Betriebsweise und Geräuschentwicklung der auf dem Grundstück der Beklagten betriebenen Riemendreherei, welche im Vergleich mit den übrigen in L. und B. bestehenden Riemendrehereien als Betrieb mittlerer Größe anzusehen, die in der dortigen Gegend allgemein übliche sei, und daß die Geräuscheinwirkungen, welche von dem Betriebe der

Beklagten ausgehen, den von andern Riemendrehereien und sonstigen ähnlichen industriellen Betrieben des dortigen Bezirks verursachten durchaus gleichartig sind und sich im Rahmen dessen halten, was nach der allgemeinen Anschauung der dortigen Bevölkerung an Geräuschen als gewöhnlich und ortsüblich ertragen und geduldet werde. Die Ausführungen des von dem Kläger überreichten Privatgutachtens des Gewerberats Cl. erklärt der Ber.-Richter für nicht geeignet, die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen W. zu erschüttern; eine unterschiedliche Behandlung der Bezirke L. und B. hinsichtlich der Ortsüblichkeit des Riemendrehereibetriebs und der damit verbundenen Geräuschentwickelung, worauf Cl. hinauswolle, sei unzulässig und rechtsirrtümlich. Denn wie das vorgelegte Kartenmaterial ergebe, grenzten die Bezirke der Gemeinde L. und der Stadt B. unmittelbar aneinander und bildeten ein zusammenhängendes Wohngebiet mit ausgesprochenem Industriecharakter, was auch durch die Gutachten von W. und Tr., den zuständigen Gewerbebeamten für B. und L., bestätigt worden sei.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum, insbesondere eine Verletzung der §§ 1004. 906 BGB. in den von der Revision hervorgehobenen Richtungen nicht erkennen. — — — Der Ber.-Richter hat keineswegs, wie die Revision meint, ausgesprochen, daß eine unterschiedliche Behandlung zweier aneinandergrenzenden Ortsbezirke wie L. und B. „ohne weiteres" unzulässig und rechtsirrtümlich sei; er entnimmt vielmehr die Unzulässigkeit für den vorliegenden Fall daraus, daß diese Ortsbezirke ein zusammenhängendes Wohngebiet von einheitlichem industriellen Charakter bilden. Damit ist nichts andres gesagt, als daß es unzulässig sein würde, für die Frage der Ortsüblichkeit der Einwirkungen innerhalb eines solchen einheitlichen Gebietes zur Vergleichung geeignete Betriebe lediglich deshalb außer Betracht zu lassen, weil sie nach der bestehenden Verwaltungseinteilung zu einer andern Ortsgemeinde gehören als das Grundstück, von welchem die Einwirkungen ausgehen. Das ist nicht rechtsirrig, entspricht vielmehr der von dem erkennenden Senat in RGEntsch. 70, 154 und sonst vertretenen Rechtsauffassung, an welcher festzuhalten ist. Daß im vorliegenden Falle mit der Zugehörigkeit zu zwei verschiedenen Gemeinden auch die Zugehörigkeit zu zwei verschiedenen größeren Verwaltungsbezirken (Provinzen) verbunden ist, hat der Ber.-Richter ersichtlich für unerheblich gehalten, und zwar ohne Rechtsirrtum. Soweit aber Cl. in seinem Gutachten auszuführen gesucht hat, daß L. und B. auch hinsichtlich ihrer industriellen Entwicklung wesentliche Verschiedenheiten aufwiesen, ist der Ber.-Richter ihm nicht gefolgt, hat vielmehr auf Grund der Gutachten der für beide Orte zuständigen staatlichen Gewerbeaufsichts-Beamten in Ausübung der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung bedenkenfrei angenommen, daß der industrielle Charakter beider Orte ein einheitlicher sei, so daß sich L. wirtschaftlich als ein nicht ausscheidbarer Teil des Industrieortes B. darstelle. Eine Unterscheidung innerhalb dieses einheitlichen Wohn- und Wirtschaftsgebiets könnte

nur dann in Frage kommen, wenn etwa einzelne Teilgebiete (Viertel) vorhanden wären, welche sich durch den besonderen Charakter ihrer Bebauungs- und Bewohnungsweise als „Villenviertel" oder dergleichen auszeichneten und wenn die Grundstücke des Klägers in einem solchen Viertel lägen;

vgl. Urteile des RG. V. 69/09 v. 22. Dez. 1909 (JW. 1910. 149[14]); V. 354/03 v. 20. Febr. 1904 (Gruchot 48, 604).

Daß aber die Grundstücke des Klägers in einem solchen besonderen Viertel lägen, ist von ihm nicht behauptet und auch in dem Gutachten von Cl. nicht ausgeführt worden. Dort ist vielmehr nur gesagt, daß in L. drei „Zonen" für die Bebauung festgesetzt seien: die Fabrikzone, die Innenzone und die Landhauszone; zugleich aber ist festgestellt, daß die Grundstücke des Klägers nicht etwa in der Landhauszone, sondern in der Innenzone belegen sind, in welcher Wohnhäuser und gewerbliche Anlagen errichtet werden dürfen und die somit offenbar kein Villenviertel bildet. Bei dieser Sachlage hatte der Ber.-Richter keine Veranlassung, auf diese Zoneneinteilung in den Urteilsgründen näher einzugehen oder in dieser Beziehung noch ein Fragerecht auszuüben. — — —

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 18. März 1906. E. (Kl.) w. H. & Co. (OLG. Hamm). V. 38/16.

---

13. Während der Auseinandersetzung nach beendeter Gütergemeinschaft hat der Ehemann keinen Anspruch auf Alleinbesitz.

BGB. § 1472.

Die Parteien, die sich im Jahre 1891 miteinander verheiratet und in westfälischer Gütergemeinschaft gelebt hatten, vereinbarten am 8. Sept. 1904 Gütertrennung, was am 19. Sept. 1904 ins Güterrechtsregister eingetragen wurde. Durch rechtskräftiges Urteil v. 13. Dez. 1913 wurde die Ehe geschieden, beide Parteien wurden für schuldig erklärt. Schon im Jahr 1912, als die Parteien sich bereits getrennt hatten und an verschiedenen Orten wohnten, erhob der Mann Klage auf Herausgabe einer Reihe von Sachen mit der Behauptung, daß er sie mit seinem Gelde gekauft und allerdings zum Teil der Beklagten geschenkt habe, allein diese Schenkungen widerrufe er jetzt wegen Undanks der Beklagten. Die Beklagte bestritt diese Angaben; sie behauptete, die zurückgeforderten Sachen teilweise aus eigenen, teilweise mit Mitteln bezahlt zu haben, die sie von ihrer Mutter erhalten habe. — Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Alle Sachen, die während der Gütergemeinschaft erworben wurden, wurden mit Rechtsnotwendigkeit Gesamtgut der Parteien, ohne daß für ein Sondereigentum eines der Ehegatten Raum war. Dies gilt sowohl nach (preuß.) ALR. II. 1 §§ 361. 371. 372 wie auch nach BGB. § 1438. Es ist also unerheblich, ob der Kläger die Sachen aus seinen eigenen Mitteln angeschafft und ob er einen Teil dieser Sachen der Beklagten geschenkt hat.

Alle Sachen sind in die Gütergemeinschaft gefallen. Der Gesichtspunkt der Schenkung und des Widerrufs ist mithin für den jetzt anhängigen Rechtsstreit ohne Erheblichkeit. Maßgeblich sind folgende Erwägungen. Im Jahre 1904 haben die Eheleute Gütertrennung vereinbart und damit die früher bestehende Gütergemeinschaft aufgehoben. Für die Aufhebung der Gütergemeinschaft bestimmt das BGB. im § 1471, daß die Eheleute sich in Ansehung des Gesamtguts auseinanderzusetzen haben. Bis zur Auseinandersetzung gelten die Vorschriften der §§ 1472 ff. Es bleibt also, wie sich hieraus ergibt, das Gesamtgutverhältnis bis nach beendigter Auseinandersetzung bestehen. Die Auseinandersetzung ist bisher nicht erfolgt. Alle Vermögensstücke also, die am 8. Sept. 1904 schon vorhanden waren — und dies ist bei allen geforderten Sachen der Fall — sind gemeinsames Eigentum der Parteien geblieben. Für die gemeinsam gebliebenen Sachen gilt nun aber nicht mehr der für die Zeit der Gütergemeinschaft bestehende Rechtssatz des § 1443 BGB., wonach die Verwaltung (also auch der Besitz) der Sachen dem Manne zusteht; sondern nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift steht bis zur Auseinandersetzung die Verwaltung des Gesamtguts den Ehegatten gemeinschaftlich zu (§ 1472 Abs. 1 Satz 1). Der Kläger kann daher nicht, wie er es tut, (Allein-) Besitz der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Sachen verlangen. Diese Erwägung führt zur Abweisung der Klage.

Es war auch nicht etwa dem Kläger der Mitbesitz zuzusprechen. Denn, da man nicht ohne weiteres wissen kann, wie sich ein solcher Mitbesitz gestalten müßte, und da der Kläger eben auch lediglich den Alleinbesitz verlangt, also den Besitz der Beklagten völlig beseitigen will, so ist nach Lage der Sache die Auffassung geboten, daß die Zusprechung des Mitbesitzes gegenüber dem Klageverlangen nicht ein Minderes, sondern ein Anderes wäre. Daher ist nicht auf den nichtverlangten Mitbesitz zu erkennen (vgl. ZPO. § 308), sondern die Klage ist völlig abzuweisen."

Urteil des OLG. zu Hamm v. 26. Sept. 1916. 2 U. 133/14. F—th.

---

14. Fortgesetzte Gütergemeinschaft; zur Umschreibung eines Grundstücks auf die Witwe und die Kinder bedarf es der Zustimmung der volljährigen Kinder.

BGB. § 1487; GBO. § 22 Abs. 2.

Im Grundbuch von L. Bl. 435 ist als Eigentümer des dort verzeichneten Grundstücks der am 30. Juli verstorbene St. eingetragen. Seine Witwe, die Beschwerdeführerin, reichte dem Grundbuchamt ein Zeugnis des Nachlaßgerichts ein, wonach sie mit ihren Kindern, die sämtlich volljährig waren, die Gütergemeinschaft fortsetzt, und sie beantragte, auf Grund des Zeugnisses das Grundstück auf sie und die Kinder umzuschreiben. Das Grundbuchamt verlangte durch Zwischenverfügung die Zustimmungserklärung der Kinder. Die

hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgericht zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

„Es handelt sich bei der begehrten Eintragung um eine Berichtigung des Grundbuchs, und zwar nach zwei Richtungen hin. Das Grundbuch ist durch den Tod des eingetragenen Eigentümers unrichtig geworden. Ferner soll es schon vorher insofern unrichtig gewesen sein, als nur der verstorbene Ehemann als Eigentümer eingetragen war, obwohl das Eigentum beiden Ehegatten als Gesamtgut zustand.

Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft des BGB., in welche die hier in Rede stehende Ehe übergeleitet ist, hat der überlebende Ehegatte die gleiche rechtliche Stellung, wie sie während der Ehe der Mann bei der allgemeinen Gütergemeinschaft hat; die Abkömmlinge haben die rechtliche Stellung der Frau (§ 1487 BGB.). Nach § 1443 BGB. unterliegt demnach das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nunmehr der Verwaltung der Beschwerdeführerin. Dieses Verwaltungsrecht umfaßt aber nicht die Befugnis, für die Abkömmlinge die nach § 22 Abs. 2 GBO. bei der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung von Eigentümern erforderliche Zustimmung der Eigentümer namens der Abkömmlinge zu erklären; denn auch während der Ehe hat der Mann nicht die Befugnis, diese Erklärung namens der Frau im Berichtigungsverfahren abzugeben. Das Verwaltungsrecht gibt dem Manne nur die Befugnis, im eigenen Namen Erklärungen abzugeben, nicht aber das Recht, eine Zustimmung, die seine Frau nach einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift zu geben hat, für diese zu erklären. Bei der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Frau als Miteigentümerin handelt es sich aber nach § 22 Abs. 2 GBO. um eine solche ausdrückliche Vorschrift.

Mit dieser Entscheidung befindet sich der Senat in Übereinstimmung mit dem Beschlusse des Bayer. Obersten Landesgerichts v. 26. Jan. 1906 (Samml. 7, 46). Der Beschluß des Reichsgerichts v. 24. Jan. 1914 (RGEntsch. 84, 326, in SeuffA. 70 Nr. 40) steht nicht entgegen. In dem diesem Beschlusse zu Grunde liegenden Fall handelte es sich, ebenso wie in dem gleichfalls nicht entgegenstehenden Beschlusse des Bayer. Obersten Landesgerichts v. 10. Juli 1913 (OLGRspr. 27, 201) nicht um eine Grundbuchberichtigung, sondern um die Frage, ob der Mann beim Erwerb eines Grundstücks es ohne Mitwirkung der Frau als Gesamtgut beider Ehegatten eintragen lassen kann. Diese Frage, die das Kammergericht in dem Beschlusse v. 7. Nov. 1910 (KGJ. 40, 153) und das OLG. Darmstadt in dem Beschlusse v. 13. Sept. 1913 (KGJ. 46, 256) verneint hatten, hat das Reichsgericht in dem Beschlusse v. 24. Jan. 1914 bejaht. Es hat aber dabei ausdrücklich erklärt, daß es dahingestellt bleiben könne, ob es nicht der Zustimmung der Frau bedürfe, wenn der zunächst für den Mann gebuchte Erwerb nachträglich in Berichtigung des Grundbuchs als Gesamtgut eingetragen werden solle. Da es sich vorliegend um eine wirkliche Berichtigung handelt, haben danach auch die Abkömmlinge, die in der

fortgesetzten Gütergemeinschaft die Stellung der Frau haben und hier volljährig sind, ihre Zustimmung zu ihrer Eintragung als Eigentümer zu geben."

Beschluß des KG. zu Berlin (1. Sen.) v. 8. April 1915. Zum Grdb. von Lockstedt 435. 1 X. 62/15. SchleswHolst. Anz. 1916, 70.

---

15. Über die Kosten des von einem Nachlaßgläubiger eingeleiteten Offenbarungseid-Verfahrens hat nicht das Nachlaßgericht zu entscheiden.

Vgl. 57 Nr. 40; 67 Nr. 229; auch 68 Nr. 39.
BGB. § 2006; FGG. § 79.

Gegen die Geschwister G. als Erben ihres Vaters beantragte nach der Inventarserrichtung der Gläubiger B. die Ableistung des Offenbarungseides (§ 2006 BGB.). Der Eid wurde geleistet und die Geschwister G. beantragten nun beim Nachlaßgericht Festsetzung der ihnen erwachsenen Anwaltskosten. Dem Antrage wurde stattgegeben; diese Entscheidung wurde jedoch aufgehoben und weitere Beschwerde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Die Ansicht der B., daß es zur Geltendmachung des Anspruchs auf Erstattung der von den Gegnern aufgewendeten Kosten an einem zur Zw.-Vollstreckung geeigneten Titel fehle, hat im Gesetze keinen Halt. Zur Anwendung kommen die Bestimmungen der Art. 131 bis 133 bayer. AusfG. z. BGB., da das Reichsrecht über die Pflicht zur Tragung der Kosten eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine allgemeinen Vorschriften gegeben hat und § 2006 BGB. keine besondere Vorschrift über die Kostenpflicht in dem dort geregelten Verfahren enthält. Nach dem Wortlaut des Art. 133 bedarf es keines Vollstr.-Titels, sondern es ist nur die Feststellung nötig, daß nach dem Art. 131 eine Erstattungspflicht besteht; diese Feststellung ist in dem Beschlusse des Amtsgerichts getroffen. Nicht zulässig ist aber, in dem Verfahren nach § 79 FGG. dem Antragsteller die Erstattung von Kosten an den Gegner aufzuerlegen. War das Verlangen des B. begründet, so traf ihn keine Verpflichtung zum Ersatze von Kosten, weil nach dem Art. 131 Abs. 1 AusfG. z. BGB. derjenige, in dessen Angelegenheit die amtliche Verrichtung stattfindet, zur Erstattung der einem andern Beteiligten erwachsenen Kosten nur angehalten werden kann, soweit die gemachten Aufwendungen zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn ein berechtigtes Verlangen gestellt worden ist. Nur wenn B. grundlos die Leistung des Offenbarungseides gefordert hätte, könnte er nach dem Art. 131 Abs. 2 zur Erstattung der Aufwendungen der Geschwister G., soweit diese den Umständen nach notwendig waren, verpflichtet werden. Über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten konnte das Nachlaßgericht keine Entscheidung erlassen, weil seine Aufgabe mit der Abnahme des Eides beendet war. Ob ein Beteiligter einem andern Beteiligten Kosten zu erstatten hat, ist davon abhängig, ob der Antrag begründet war oder

nicht. Die Prüfung dieser Frage steht aber dem Nachlaßgerichte nicht zu, sondern ist Aufgabe des Prozeßgerichts. Da das Nachlaßgericht sonach zu einer Entscheidung in der Sache selbst nicht zuständig ist, kann es sich auch nicht mit einer Untersuchung darüber befassen, ob die Voraussetzungen vorliegen, von denen die Entscheidung über den Kostenpunkt bedingt ist, und kann mithin auch nicht die nach dem Ergebnisse dieser Untersuchung zu beantwortende Frage entscheiden, ob ein Beteiligter einem andern Beteiligten Aufwendungen zu ersetzen hat. Das Amtsgericht hat daher mit Unrecht über die Verpflichtung des B. zum Kostenersatze sich ausgesprochen und die Kosten festgesetzt (vgl. Samml. 13, 373).

Beschluß des Obersten LG. f. Bayern (1. Sen.) v. 28. Mai 1915. Reg. III. 31/15. BayObLGZ. 16, 98.

---

16. Das eigenhändige Privattestament erfordert eine eigenhändige Ortsangabe.

Vgl. 56 Nr. 255; 58 Nr. 12. 13; 59 Nr. 236; 69 Nr. 202.
BGB. § 2231 Nr. 2.

Das eigenhändige Testament des am 27. Sept. 1914 gefallenen Fabrikanten Christoph L. war auf einem mit dem Vordruck seiner Firma und dem gedruckten Datum: „F., den — — —" versehenen Bogen geschrieben worden, die Zeitangabe war mit „den 1. Aug. 1914" ausgefüllt, eine handschriftliche Ortsbezeichnung fehlte. — Das Testament wurde für ungültig erklärt. Aus den Gründen:

„— — — Daß in einem nach § 2231 Nr. 2 BGB. errichteten Testament nicht nur die letztwilligen Verfügungen selbst, sondern auch der Ort und der Tag der Errichtung vom Erblasser eigenhändig geschrieben sein müssen, daß also die Worte „eigenhändig geschrieben" sich auch auf die Worte „unter Angabe des Orts und Tages" beziehen, ist in der Rechtsprechung und Rechtslehre allgemein anerkannt und wurde erst neuerdings wieder von dem 4. Zivilsenat des Reichsgerichts in einer Entscheidung v. 4. Febr. 1915 (LeipzZ. 1915, 1240) eingehend dargelegt. Allerdings hat in der neueren Zeit eine mildere Auslegung der ursprünglich im strengsten Wortsinn gedeuteten gesetzlichen Bestimmung insofern Platz gegriffen, als die Rechtsprechung nunmehr das Erfordernis der eigenhändigen Angabe des Ortes der Errichtung auch dann als erfüllt erachtet, wenn z. B. eine allgemein verständliche Abkürzung gebraucht oder der Ort der Errichtung auf Grund einer Straßenbezeichnung oder einer sonstigen in der Niederschrift selbst enthaltenen Angabe unzweifelhaft festgestellt werden kann (vgl. z. B. OLGRspr. 20, 428; JW. 1907, 143).

Allein diese mildere Auffassung kann nicht dazu führen, ein Testament nach § 2231 Nr. 2 auch dann als gültig zu behandeln, wenn die Niederschrift, wie hier, überhaupt keine Angabe des Ortes der Errichtung enthält. Unerläß-

liches Erfordernis ist unter allen Umständen, daß sich der Ort und der Tag der Errichtung auf Grund dessen, was der Erblasser eigenhändig geschrieben hat, ohne Zuhülfenahme von Beweismitteln, die außerhalb der eigenhändigen Niederschrift gelegen sind, feststellen lassen. Das trifft in den Fällen zu, die den von den Beschwerdeführern angerufenen Entscheidungen zugrunde liegen, denn in diesen Fällen enthielt die eigenhändige Niederschrift Angaben (die abgekürzte Ortsbezeichnung Bln. und eine Straßenbezeichnung), auf Grund deren der Ort der Errichtung ohne weiteres festgestellt werden konnte. Diese Fälle lagen also wesentlich anders als der hier zu entscheidende, in dem es an jeder eigenhändigen, den Ort der Errichtung ergebenden Angabe fehlt. Es mag zugegeben werden, daß alles dafür spricht, daß das Testament tatsächlich in Fr. errichtet worden ist, allein auf Grund der eigenhändigen Niederschrift des Erblassers läßt sich das nicht feststellen und diese allein ist für die Frage, ob das Testament gültig ist oder nicht, maßgebend."

Beschluß des Obersten LG. f. Bayern (1. Sen.) v. 18. Sept. 1915. Reg. III. 52/15. BayObLGZ. 16, 116.

---

17. Inhalt einer vorzulegenden Geschäftsbilanz und Mittel zu ihrer Nachprüfung.

HGB. § 39; BGB. 260.

Die Kaufleute H. und K. betrieben in L. als offene Handelsgesellschafter ein Kommissions- und Eigengeschäft in Rauchwaren. Am 18. Mai 1912 vereinbarten sie mit dem Kaufmann Sch. in L., daß die off. Handelsgesellschaft H. & K. am 30. Sept. 1914 aufgelöst werde, daß H. deren Aktiven und Passiven übernehme, mit Sch. eine neue off. Handelsgesellschaft H. & Sch. bilde und in diese die Aktiven und Passiven der früheren Firma einbringe, K. endlich ein Geschäft als Einzelkaufmann eröffne. Für die Dauer von mindestens drei und von höchstens zehn Jahren wurde bestimmt, daß die beiden neu zu bildenden Firmen „ein Drittel des durch die Jahresbilanz festgestellten Reingewinns" aneinander abführen, dagegen am Verlust des andern Vertragsteils nicht teilnehmen sollten; endlich daß K. für Käufe, die er für sich oder andre Firmen mit H. & Sch. oder in deren Auftrag und für deren Rechnung mit Firmen außerhalb Ls. abschließe, Provisionen erhalten solle, deren Betrag er sich auf seinen Anteil am Reingewinn anrechnen lassen müsse. Gemäß diesem Vertrage begann am 1. Okt. 1912 sowohl die off. Handelsgesellschaft H. & Sch., als auch der Einzelkaufmann K. den Geschäftsbetrieb. K. hat der Handelsgesellschaft H. & Sch. im Lauf des Rechtsstreits eine Bilanz für den 31. Dez. 1913 vorgelegt; die letztere hatte aber mit der Klage die Vorlegung einer Bilanz für die Zeit vom 1. Okt. 1912 bis 31. Dez. 1913 und Vorlegung der zur Prüfung der Bilanz nötigen Geschäftspapiere und Geschäftsbücher gefordert. — In 2. Instanz wurde der Beklagte zur Vorlegung der Eröffnungsbilanz für den

1. Okt. 1912 und zur Vorlegung der Geschäftsbücher und Geschäftspapiere an einen vom Amtsgericht auszuwählenden Sachverständigen verurteilt. Aus den Gründen:

„Die rechtliche Natur des Vertrages, den die Parteien unter dem 18. Mai 1912 abgeschlossen haben, braucht nicht grundsätzlich erörtert zu werden. Unzweifelhaft hat nach dem Vertrage jeder Vertragsteil Anspruch auf ein Dritteil des vom anderen erzielten Jahresgewinns und damit selbstverständlich Anspruch auf Auskunft über die Höhe dieses Gewinns, und zwar, da beide Parteien Vollkaufleute sind, dergestalt, daß jeder dem andern eine Abschrift der von ihm nach § 39 Abs. 2 HGB. aufzustellenden Jahresbilanz geben muß. Da die Bilanz begrifflich den Vermögensbestand nur für einen bestimmten Zeitpunkt, nicht während eines bestimmten Zeitraums wiedergibt, läßt sie das Ergebnis der Geschäftsführung während dieses Zeitraums nur durch Vergleichung mit der früheren Bilanz erkennen (Staub HGB.[9] § 39 Anm. 1a). Die Klägerin, die auf Vorlegung einer Bilanz für die Zeit vom 1. Okt. 1912 bis zum 31. Dez. 1913 geklagt hat, hat dies denn auch auf Befragen dahin erläutert, daß sie außer der bereits vorgelegten Bilanz für den 31. Dez. 1913 nur noch die Vorlegung der Eröffnungsbilanz (§ 39 Abs. 1 HGB.) für den 1. Okt. 1912 fordere. Insoweit ist der Klaganspruch begründet. Wenn der Beklagte es gegen die gesetzliche Vorschrift unterlassen hätte, eine Eröffnungsbilanz aufzustellen, und wenn es ihm Mühe machen würde, dies nachzuholen, so kann er doch damit hier nicht gehört werden.

Überall, wo das Bürgerl. und das Handels-Gesetzbuch von einer Auskunftspflicht handeln,

vgl. z. B. die §§ 259. 260 BGB., die Bestimmung über das Inventar des Erben, die Auskunftspflicht gegenüber Miterben und Pflichtteilberechtigten, ferner §§ 166. 338 HGB.

gibt das Gesetz der Regel nach ein Mittel an, das dem Auskunftsberechtigten die Nachprüfung ermöglicht, ob die Auskunft richtig sei. Aus den zahlreichen Einzelbestimmungen läßt sich deshalb der allgemeine Grundsatz ableiten, daß — soweit nicht etwas andres bestimmt oder vereinbart ist — das Auskunftsrecht das Recht der Nachprüfung in sich schließt. Das Mittel der Nachprüfung ist je nach Lage des Falles verschieden: eidliche Versicherung der Richtigkeit der Auskunft, in den kaufmännischen Verhältnissen regelmäßig Vorlegung der Geschäftsbücher und Geschäftspapiere. Es ist unbedenklich, und nach § 346 HGB. mit Rücksicht darauf, daß die Parteien Vollkaufleute sind und es sich um Nachprüfung einer Bilanz handelt, geradezu geboten, als Mittel der Nachprüfung hier — — — das Recht der Einsicht der Bücher und Papiere zur Verfügung zu stellen. Auch wenn das nicht, wie die Klägerin unter Eideszuschiebung behauptet, mit ausdrücklichen Worten vereinbart ist, muß es als stillschweigend vereinbart angesehen werden.

Eine andre Frage ist es, ob das Recht, die Bücher und Papiere einzusehen, von der Klägerin persönlich ausgeübt werden darf. Ihr Interesse erfordert es nicht unbedingt. Das des Beklagten weist darauf hin, daß ein Unbeteiligter die Nachprüfung vornimmt. Denn wie sich aus dem Parteivorbringen unzweifelhaft ergibt, sind die Parteien mehr oder weniger im Wettbewerb auf dem Gebiet des Rauchwarenhandels tätig. Bei der Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Geschäftspapiere zwecks Nachprüfung der Bilanz läßt es sich garnicht vermeiden, daß der Nachprüfende Kenntnis von geschäftlichen Vorgängen erlangt, deren er für den Prüfungszweck nicht bedarf. Nach Treu und Glauben muß deshalb das mindestens stillschweigend vereinbarte Nachprüfungsrecht (auch wenn die Vereinbarung auf Gestattung der Einsicht in Bücher und Papiere gegangen ist) dahin ausgelegt werden, daß dieses Recht nur durch einen unbeteiligten vertrauenswürdigen Dritten, d. h. einen in allgemeiner Eidespflicht stehenden gerichtlichen Sachverständigen ausgeübt werden darf, wenn sich die Parteien im Einzelfall nicht auf eine andre Person einigen. Der Klägerin kann daher das Nachprüfungsrecht nur in diesem beschränkten Umfange zugesprochen werden. Der Sachverständige wird in entsprechender Anwendung der §§ 145ff. FGG. von dem für beide Teile zuständigen Registergericht, dem Amtsgericht zu L., zu ernennen sein. Die Kosten, die durch dessen Berufung und durch die Nachprüfung entstehen, hat die Klägerin vorzuschießen.

Die Behauptung, daß der Beklagte in der Absicht, sie zu schädigen, durch unangemessene Abschreibungen zu einer sachlich falschen Bilanz gekommen sei, vermag der Klägerin ein weitergehendes Recht nicht zu verschaffen, und ist nur für die im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht zu entscheidende Frage von Bedeutung, ob die Erstattung der jetzt von ihr vorzuschießenden Kosten vom Beklagten gefordert werden darf. Selbstverständlich ist sie auch bei der Nachprüfung selbst zu berücksichtigen. Denn wenn auch nach dem Bilanzrecht des Handelsgesetzbuchs dem Kaufmann nicht verboten ist, seine Aktiven unter dem wahren Wert einzustellen, wie dies bei blühenden Handelsunternehmungen regelmäßig (um stille Reserven zu schaffen) geschieht, so ist dies doch überall da unzulässig, wo Rechte Dritter in Frage kommen, wie hier (Staub Anm. 2 zu § 40 HGB.). Auch der Einwand der Klägerin ist unbegründet, daß nur ihr Teilhaber H. in der Lage sei, eine zuverlässige Nachprüfung der Bilanzen des Beklagten, insbesondere in bezug auf die Abschreibungen vorzunehmen, denn H. kann seine persönlichen Kenntnisse, Erfahrungen und Zweifel dem Sachverständigen kundgeben, der sie pflichtgemäß zu berücksichtigen hat.

Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Beklagten nicht zu. Auch wenn die ihm von der Klägerin übergebene Bilanz unrichtig wäre, hat er doch nur das Recht auf Nachprüfung und auf Zahlung des bei der Nachprüfung etwa ermittelten höheren Gewinns. Er kann aber nicht von der Klägerin eine neue Bilanz fordern und bis zu deren Vorlegung mit seiner Bilanz

und mit der Gestattung der Einsicht in Bücher und Papiere zurückhalten (§ 273 BGB.)."

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 9. März 1916. H. & S. w. K. 1 O. 26/15. F—ch.

II. Verfahren.

18. Armenrecht für die Ehescheidungsklage der Ehefrau eines in Deutschland abgesperrten Engländers.

Vgl. 57 Nr. 19; 63 Nr. 166.
ZPO. § 114 Abs. 2.

Der Klägerin ist zur Führung ihres Ehescheidungsprozesses gegen den Beklagten vom Landgericht das Armenrecht gewährt, jedoch, nachdem sich herausgestellt hat, daß die Parteien englische Staatsangehörige sind, durch den angefochtenen Beschluß wieder entzogen worden. Der Ansicht, daß einem in Deutschland wohnhaften Engländer das Armenrecht zu versagen sei, weil in dem gegenwärtigen Kriegszustande die Gegenseitigkeit nicht mehr verbürgt erscheine, kann wenigstens für den vorliegenden Fall nicht zugestimmt werden.

Daß bis zum Ausbruch des Krieges Engländer auf das Armenrecht im Inlande Anspruch hatten, insoweit sie ihren Wohnsitz im Inlande hatten, weil insoweit die in § 114 Abs. 2 ZPO. geforderte Gegenseitigkeit verbürgt war, ist anerkannten Rechtens;

vgl. Jnhulsen bei Leske und Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr 1, 679 ff.; SeuffA. 57 Nr. 19; 63 Nr. 166.

Entscheidend hierfür war nicht ein internationales Abkommen;

an dem Haager Abkommen über den Zivilprozeß v. 17. Juli 1905 (RGBl. 1909, 409 ff.), das unter IV eine Vereinbarung über die Zulassung der Angehörigen der Vertragsstaaten zum Armenrecht enthält, war England nicht beteiligt, wie denn für den Nachweis der Verbürgung der Gegenseitigkeit der Nachweis eines internationalen Abkommens nicht erforderlich ist.

Entscheidend war vielmehr (vgl. Jnhulsen a. a. O.) die tatsächliche, durch Gerichtsgebrauch und die Rules of the Supreme Court October 1883 order 16, rules 22—31 gesicherte Übung, derzufolge in der Zulassung zum Armenrecht in England zwischen Staatsangehörigen und Nichtstaatsangehörigen überhaupt kein Unterschied gemacht wurde.

Es fragt sich, ob und wie der Kriegsausbruch auf die hiernach bestehende Rechtslage eingewirkt hat. Irgendeine ausdrückliche inländische Vorschrift hinsichtlich der Versagung der Gewährung des Armenrechts an feindliche Ausländer liegt nicht vor. Soweit die Verfolgung von Ansprüchen feindlicher Ausländer schlechthin versagt wird, beschränkt sich die Versagung auf vermögens-

rechtliche Ansprüche, und zwar solcher Personen, die im Auslande ihren Wohnsitz haben (BRVO. v. 7. Aug. 1914 2c). Soweit zwischenstaatliche Verträge mit feindlichen Staaten in Frage kommen, wird mit Recht für gewisse Angelegenheiten geltend gemacht, daß sie durch den Kriegsausbruch stillschweigend, und zwar auch anlangend ihre innerstaatliche Geltung als aufgehoben zu erachten seien; so in Ansehung der Handelsverträge, so auch, gegenüber Belgien, Frankreich, Portugal, Rußland, in Ansehung der Befreiung des Ausländers von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten, die in dem erwähnten Haager Abkommen v. 17. Juli 1905 festgelegt worden war;

RG. in DJZ. 1915, 317. 616; JW. 1915, 802; Hans OLG. in OLGRspr. 31, 32, während anderseits, anlangend den gewerblichen Rechtsschutz, in der Entscheidung des RG. in JW. 1915, 145.[10] eine abweichende Anschauung zur Geltung gelangt.

Da im vorliegenden Fall die Gegenseitigkeit überhaupt nicht auf zwischenstaatlichem Vertrag beruhte, könnte eine entsprechende Einwirkung der Tatsache des Kriegsausbruchs nur dann angenommen werden, wenn Grund für die Auffassung bestände, daß in England seit Kriegsausbruch dort wohnhafte Deutsche zum Armenrecht nicht mehr zugelassen würden. Diese Auffassung muß aber nach Maßgabe der im Auswärtigen Amte zusammengestellten „Ausnahmegesetze gegen deutsche Privatrechte in England, Frankreich und Rußland" (Carl Heymanns Verlag, Berlin, Verlags-Archiv 5901) für unbegründet erachtet werden, da trotz Verfolgung des Plans einer weitgehenden wirtschaftlichen Schädigung des Feindes jene Gesetze und Verordnungen weder an der Verfolgbarkeit eines Ehescheidungsanspruchs abseiten eines in England wohnhaften Deutschen einen Zweifel lassen, noch zu der Annahme berechtigen, daß entgegen der bisherigen Übung in England in Ansehung der Gewährung des Armenrechts der Grundsatz der Staatsangehörigkeit maßgebend geworden sei. Während sich die meisten einschlägigen Gesetze und Verordnungen Englands auf den Handel mit dem Feinde beziehen, beschäftigt sich das Gesetz Nr. 35 v. 16. März 1915 mit dem Gerichtsverfahren gegen Feinde, kommt jedoch, da es nur die Erleichterung des Gerichtsverfahrens gegen Feinde in gewissen Fällen zum Gegenstand hat, hier nicht in Betracht. Nr. 43 aber gibt eine „Aufzeichnung über die Stellung feindlicher Ausländer vor britischen Gerichten". — — — Nach der hieraus sich ergebenden Bestimmung des Begriffs des „feindlichen Ausländers" durch die englische Rechtsprechung, der auch die Auslegung des Begriffs „Feind" in dem Gesetze v. 16. März 1915 durchaus analog ist, findet auf einen in England wohnhaften Deutschen, sofern er sich den behördlichen Ausländerbeschränkungen unterworfen hat, die Versagung des Rechtsschutzes keine Anwendung. Nach Maßgabe jener Vorschriften besteht auch kein Grund zu der Annahme, daß während des Krieges unter Aufhebung des Grundsatzes, daß das Armenrecht allen in England wohnhaften Personen erteilt werden kann, ein in England wohnhafter Deutscher

in seinem Rechtsschutze dadurch eingeschränkt sein sollte, daß ihm auf sein Ansuchen die Rechtsverfolgung in forma pauperis nicht jedenfalls da gewährt würde, wo es sich nicht um die Verfolgung wirtschaftlicher Ansprüche, sondern um das Begehren der Ehescheidung handelt.

Da die Klägerin ein ausreichendes polizeiliches Armutszeugnis vorgelegt, auch glaubhaft erklärt hat, daß sie einen Prozeßkostenvorschuß von dem Beklagten, ihrem Ehemann, einem stellunglosen, in Ruhleben abgesperrten Kellner, nicht würde erlangen können, so war ihr unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses das nachgesuchte Armenrecht zu gewähren.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 24. März 1916. J. (Kl.) w. J. Bs. Z. IV. 26/16. B.

---

19. Verwertung einer bestrittenen Behauptung des Gegners zu dessen Ungunsten.

Vgl. 71 Nr. 122 m. N., Nr. 136 S. 229.
ZPO. § 286.

Die Widerklage des auf Scheidung belangten Ehemannes, die gleichfalls auf Scheidung gerichtet war, war abgewiesen worden, weil nach der eigenen Darstellung des Beklagten die der Frau vorgeworfenen, von ihr bestrittenen Fehltritte nach § 1570 BGB. als verziehen angesehen werden müßten. — Im übrigen aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die Anschlußrevision des Beklagten nennt es prozessual unzulässig, daß das Kammergericht die eigene Erklärung des Beklagten über den Geschlechtsverkehr der Parteien nach dem 2. Mai 1912 als wahr unterstellt, obwohl sie von der Klägerin bestritten war. Da nach § 617 ZPO., so sagt sie, im Ehestreit nicht einmal die allgemeinen Grundsätze über das gerichtliche Geständnis Anwendung fänden, so könne noch viel weniger eine einseitige, vom Gegner bestrittene Behauptung als wahr unterstellt werden, das müsse überdies selbst unabhängig von § 617 als unzulässig gelten. Die Vorschrift in § 617 jedoch, die die Anschlußrevision im Auge hat, ist hier schon deshalb ohne Bedeutung, weil keine Tatsache in Frage steht, die die Scheidung begründen soll, die Annahme einer Verzeihung vielmehr umgekehrt der Aufrechterhaltung der Ehe diente. Es handelt sich also bloß um die allgemeine Frage, ob eine Partei an eigenen Behauptungen zu ihren Ungunsten auch dann festgehalten werden kann, wenn sie von der andern Partei bestritten sind. Für ihre diese Frage verneinende Ansicht beruft sich die Anschlußrevision nicht mit Unrecht auf das reichsgerichtliche Urteil v. 4. Jan. 1893 (JW. 95[9]). Sie könnte sich zum Teil auch auf das Senatsurteil v. 20. Mai 1898 (JW. 413[2]) und ferner

auf das Senatsurteil v. 26. Okt. 1905, IV. 168/05 berufen. Der Stand der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts ist aber der,

vgl. z. B. die Entscheidungen v. 30. Januar 1908, RGEntsch. 67, 364; v. 14. Febr. 1912, Entsch. 78, 345 und SeuffA. 67 Nr. 236; v. 21. März 1914, in Warneyer ErgBd. Nr. 234; v. 2. Nov. 1914, IV. 286/14; v. 16. Nov. 1914, IV. 227/14; v. 25. Jan. 1915, Entsch. 86, 144 und v. 15. Mai 1915, V. 59/15 in JW. 798[14],

daß Behauptungen einer Partei, die vom Gegner bestritten sind, zwar nicht als nur nach § 290 ZPO. widerrufliche Geständnisse i. S. des § 288 behandelt, wohl aber bei freier, dem Gerichte nach § 286 zustehender Beurteilung, der, wie das Verhalten einer Partei im Rechtsstreit überhaupt, so auch ihre Behauptungen unterliegen, gegen den Behauptenden verwertet werden dürfen. Auf diesem Standpunkte, der auch in der Rechtslehre geteilt wird, ist stehen zu bleiben. Die bestrittene Behauptung, an der der Behauptende festgehalten werden soll, darf allerdings nicht (vgl. das Urteil v. 18. Okt. 1906, JW. 745[16]) im Widerspruch zu dem stehen, was das Gericht unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme sonst als festgestellt ansieht. Diese Einschränkung spielt aber im Streitfall keine Rolle, weil das Kammergericht die vom Beklagten behauptete Verzeihung sonst nicht etwa als widerlegt, sondern im Gegenteil durchweg als erfolgt behandelt. Die Rüge der Anschlußrevision ist daher unbegründet. — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 25. Okt. 1915. S. (Kl.) w. S. (KG. Berlin). IV. 114/15.

---

20. Stellung des Zeugen im Zwischenstreit über seine Zeugnisverweigerung; kein Anspruch auf Zeugengebühr.

Vgl. 40 Nr. 220; 57 Nr. 181; 60 Nr. 245.
ZPO. §§ 387. 401.

Der Antragsteller war zu dem Termin v. 16. März 1916 nicht zur Erstattung einer Zeugenaussage geladen, vielmehr liegt die Sache so, daß, nachdem die verklagte Firma gegen das die Zeugnisverweigerung des Antragstellers für berechtigt erklärende Urteil des Landgerichts sofortige Beschwerde eingelegt hatte, das Beschwerdegericht zur Verhandlung über die Beschwerde von Amts wegen einen Termin angesetzt hatte, in welchem der Antragsteller und der Inhaber der Beklagten zur Aufklärung der Sache in Person erscheinen sollten. Es handelt sich also um die Fortführung des Zwischenstreits, in welchem über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung des Antragstellers zu entscheiden war. Über die Kosten des Zwischenstreits war aber nach den Regeln der §§ 91 ff. ZPO. zu entscheiden. Dies ist hier auch in dem die sofortige Beschwerde der Beklagten verwerfenden Beschlusse dahin geschehen, daß die Beklagte, Beschwerdeführerin, in die Kosten des Rechtsmittels einschließlich

der dem Antragsteller Zeugen S. erwachsenen verurteilt ist. Der Zeuge gilt insoweit als Partei (Gaupp-Stein Bem. III zu § 387 ZPO.).

Daraus folgt weiter, daß der Antragsteller den Anspruch auf Erstattung der ihm erwachsenen Unkosten gemäß den §§ 103 ff. ZPO. geltend zu machen hat. Er wird deshalb die Beklagte unter Aufstellung seiner Entschädigungsansprüche, für welche allerdings nach § 91 Abs. 1 a. E. ZPO. die für die Entschädigung von Zeugen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, zur Bezahlung auffordern müssen und, wenn und soweit die Beklagte den berechtigterweise geforderten Betrag nicht bezahlt, das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrages gemäß § 103 Abs. 2 ZPO. bei dem Gerichtsschreiber 1. Instanz, also des LG. Hamburg, anbringen und auf Grund des erlangten Festsetzungsbeschlusses die Zw.-Vollstreckung gegen die Beklagte betreiben müssen.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 28. März 1916. J. N. w. M. & Schw. Bs. Z. VI. 24/16. Nö.

---

21. Gegenbeweis gegen eine Urkunde, daß dieser Teil beim Vorlesen überhört worden sei.

(Vgl. 67 Nr. 124 m. N.)
ZPO. § 415 Abs. 2.

In dem notariellen Kaufvertrage v. 18. Dez. 1911 war unter III. bestimmt: „Eine Gewährschaft leistet der Verkäufer nur für ungehinderten Besitz und Eigentumsübergang und dafür, daß das Anwesen mit keinen weiteren Hypotheken als den nachstehend übernommenen belastet ist“. Auf Klage eines Nachbarn wurde dann aber der Käufer verurteilt, dessen Triftrecht anzuerkennen. In seiner Klage gegen den Verkäufer auf Entschädigung machte der Käufer geltend, daß eine Erklärung wie die unter III. garnicht abgegeben sei, und daß er diese Stelle der Urkunde beim Vorlesen überhört habe. Hierüber wurde dem Kläger ein richterlicher Eid auferlegt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die Annahme des Ber.-Richters, daß gegenüber der Beurkundung, daß das notarielle Protokoll den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und unterschrieben worden, gemäß § 415 Abs. 2 ZPO. der Gegenbeweis in der Richtung zulässig sei, daß einer der Vertragschließenden eine vom Notar in die Vertragsurkunde aufgenommene Vertragsbestimmung, über welche vorher keine ausdrücklichen Erklärungen von den Vertragschließenden abgegeben worden sind, bei dem Vorlesen des Protokolls überhört habe, und daß, falls dieser Beweis geführt wird, die in Frage stehende Bestimmung nicht zum Vertragsinhalt geworden sei, steht im Einklange mit den Rechts-

grundsätzen, welche von mehreren Senaten des Reichsgerichts aufgestellt und festgehalten worden sind.

Vgl. die vom Ber.-Richter angeführten Urteile des 7. Ziv.-Sen. v. 28. Febr. 1902 (RGEntsch. 50, 420); des 2. Ziv.-Sen. v. 13. Juli 1908 (Warneyer 1908 Nr. 553) und des 6. Ziv.-Sen. v. 6. Nov. 1911 (Warneyer 1912 Nr. 47); ferner das Urteil des 2. Ziv.-Sen. v. 21. Mai 1901, II. 76/01.

Von dieser Rechtsprechung abzuweichen bieten die Ausführungen der Revision dem jetzt erkennenden Senate keine Veranlassung. Die Beurkundung, daß die Vertragsparteien das notarielle Protokoll genehmigt haben, ist vom Ber.-Richter ohne Rechtsirrtum, soweit der Kläger in Betracht kommt, hinsichtlich der Nr. III als widerlegt erachtet worden, sofern nachgewiesen wird, daß dieser infolge Überhörens von der Bestimmung, auf die er nicht gefaßt sein konnte, da sie ohne Zutun der Parteien und ohne besonderen Hinweis von dem Notar in die Urkunde aufgenommen worden war, Kenntnis nicht erhalten hat. Einer Anfechtung des Vertrags bedurfte es nicht, da die Bestimmung unter dieser Voraussetzung nicht Vertragsinhalt geworden ist. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 24. Mai 1916. N. (Bkl.) w. E. (OLG. Augsburg). V. 73/16.

---

22. Darf eine Firma als Schiedsrichter bestellt werden?

ZPO. § 1025.

Die Beklagte bemängelt, daß die Schiedsgerichtsklausel des Vertrages unbestimmt lasse, wer Schiedsrichter sein solle. Schiedsrichter sollen sein „die unterzeichneten Makler". Das sind aber nicht mehrere einzelne Handelsmakler, sondern die im Eingang genannte Firma M. & Sohn, die auch als solche die Schlußnoten unterzeichnet hat. M. & Sohn sind aber eine Kommanditgesellschaft, welche zwei persönlich haftende Gesellschafter hat, von denen jeder unstreitig die Gesellschaft zu vertreten berechtigt ist. Es ist der Beklagten zuzugeben, daß eine derartige Bezeichnung des Schiedsrichters im einzelnen Fall zu Zweifeln und Schwierigkeiten Anlaß geben kann, die vielleicht gar dazu führen können, die Person als nicht genügend bestimmt zu erachten. Derartige Besonderheiten liegen aber hier nicht vor. Das erkennende Gericht erachtet, daß, wenn zwei Kaufleute eine „Firma" zum Schiedsrichter bestellen, im Zweifel anzunehmen sein wird, daß jeder vertretungsberechtigte Inhaber der Firma befugt sein soll, das Amt des Schiedsrichters zu üben. Durch die Bezeichnung einer Firma als Schiedsrichter wird zum Ausdruck gebracht, daß deren Inhaber nach der Meinung der den Schiedsvertrag Schließenden das erforderliche Vertrauen und die erforderlichen Kenntnisse besitzen und deshalb als Schiedsrichter berufen werden. Da aber regelmäßig jeder Gesellschafter die Firma zu vertreten befugt ist, so werden regelmäßig auch die den Schiedsvertrag Schließenden damit rechnen, daß nur einer der Firmeninhaber als Schiedsrichter tätig sein wird, zumal da-

durch die Firmeninhaber am wenigsten beansprucht werden und ihnen die Möglichkeit gewährt ist, denjenigen Gesellschafter zu bestimmen, der gerade zur Verfügung steht oder durch seine Erfahrungen und Kenntnisse besonders geeignet ist. Deshalb ist der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem 1. Richter, einer Kammer für Handelssachen, der Meinung, daß die Schiedsgerichtsklausel den Schiedsrichter genügend bestimmt bezeichnet.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 6. Jan. 1916. C. J. & Co. w. F. Sch. Bf. VI. 191/15. Die Revision ist zurückgewiesen worden. VII. 75/16 v. 6. Juni 1916. Nö.

---

23. Privatpersonen können nicht rechtswirksam vereinbaren, daß eine Behörde ein Schiedsgericht bestellen solle.

ZPO. §§ 1031. 1029.

In einem Vertrage hatten die Parteien vereinbart, daß wenn ein von ihnen bestelltes Schiedsgericht binnen einer bestimmten Zeit keinen Schiedsspruch gefällt habe, das Landgericht ein neues Schiedsgericht ernennen solle. Darauf hatte das Landgericht auf Antrag der einen Partei ein Schiedsgericht eingesetzt. Auf Beschwerde der Gegenpartei wurde dieser Beschluß aufgehoben und der Antrag auf Ernennung eines Schiedsgerichts abgewiesen. Aus den Gründen:

„Es kann nicht bezweifelt werden, daß die Parteien unter gewissen Bedingungen die Bestellung eines Schiedsgerichts durch einen Dritten vereinbaren können. Dieser Dritte kann aber in solchem Fall nur als Privatperson in Betracht kommen (vgl. RGEntsch. 53, 1 ff.). Hier soll das Landgericht, also eine Behörde, die Bestellung des Schiedsgerichts vornehmen. Eine derartige Vereinbarung ist unwirksam, da eine Behörde nur im Rahmen gesetzlicher Vorschriften auf Anträge einer Partei tätig werden kann.

Das Landgericht verkennt diese Rechtslage nicht, meint aber, daß der § 1031 ZPO. die gesetzliche Grundlage für die Tätigkeit des Gerichts bilde, da die Parteien vereinbart hätten, daß unter gewissen tatsächlichen Voraussetzungen, die hier vorlägen, ein Tatbestand, wie ihn § 1031 behandle, angenommen werden solle. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Ein Anwendungsfall des § 1031 ist nicht gegeben. Zunächst steht dem die Tatsache entgegen, daß § 1031 nicht für Schiedsrichter gilt, welche gemäß § 1029 Abs. 2 vom Gericht, anstatt von der Partei, bestellt worden sind (Gaupp-Stein § 1031 Anm. I Fußnote 2). Hiervon abgesehen kann aber überhaupt nicht gesagt werden, daß im vorliegenden Fall ein Schiedsrichter fortgefallen sei. Es liegt lediglich die Tatsache vor, daß die bestellten Schiedsrichter nicht innerhalb zwei Wochen nach ihrer Bestellung endgültig erkannt haben, und daß für diesen Fall der Vertrag die Einberufung eines neuen Schiedsgerichts vorsieht. Damit werden für das Eintreten des Gerichts völlig neue Voraussetzungen geschaffen. Die Parteien können unmöglich vereinbaren, daß ge-

wisse Tatbestände denjenigen gleichgestellt werden sollen, für welche das Gesetz eine Zuständigkeit des Gerichts besonders geschaffen hat. Damit würde die Möglichkeit gegeben sein, einer Behörde durch Privatvereinbarung neue Zuständigkeiten zuzuweisen. Ein solches Ergebnis ist mit unsrer Rechtsordnung nicht vereinbar."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 19. Sept. 1916. St. & A. w. T. R. Bs. Z. VI. 83/16. Nö.

---

24. Aufrechnung im Konkurse mit dem Überschuß aus einem nach der Konk.-Eröffnung verkauften Pfande.

Vgl. 50 Nr. 231.

KO. §§ 54. 55 Nr. 1; BGB. §§ 1223. 1247.

Der Kaufmann K. in L., über dessen Nachlaß am 15. Sept. 1915 das Konk.-Verfahren eröffnet worden war, hatte zur Sicherung der verklagten Stadtgemeinde L. wegen Forderungen der städtischen technischen Werke an ihn bei deren Kassenverwaltung zwei Wertpapiere im Nennwerte von 3000 ℳ pfandweise hinterlegt. Nach Eröffnung des Konkurses verkaufte die Beklagte die Wertpapiere und befriedigte sich aus dem Erlöse von 2938 ℳ für ihre Forderungen aus den Leistungen ihrer technischen Werke in Höhe von 2024,10 ℳ. Dem vom Konk.-Verwalter klagend erhobenen Anspruch auf Herauszahlung des Überschusses von 913,90 ℳ stellte sie die Einrede entgegen, daß diese Forderung durch die dem Konk.-Verwalter in einem Schreiben v. 30. Sept. 1915 erklärte Aufrechnung mit gleichhohen, vor der Konk.-Eröffnung gegen den Verstorbenen und dessen Nachlaß erworbenen fälligen Gegenforderungen auf Bezahlung der in dem Schreiben bezeichneten Steuern und sonstigen Gebührnisse erloschen sei. — Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Beklagte ist mit den von ihr gegen die Klageforderung aufgerechneten, vor der Eröffnung des Konk.-Verfahrens zum Nachlasse K. erworbenen Forderungen Konk.-Gläubigerin — zum erheblichen Teile mit Vorrecht nach § 61 Nr. 2 KO. —, und sie ist das, was der Konk.-Verwalter mit der vorliegenden Klage von ihr fordert, nach der Eröffnung des Verfahrens zu dem dem Konkurse unterliegenden Nachlaßvermögen schuldig geworden. Nach der Vorschrift im § 55 Nr. 1 KO. würde ihr deshalb die Aufrechnung mit ihren Forderungen gegen die vom Konk.-Verwalter erhobene Forderung zu versagen sein. Im § 54 Abs. 1 wird aber dem Konk.-Gläubiger die Aufrechnung mit einer und gegen eine Forderung gestattet, die zur Zeit des Konkursbeginns bereits als betagte oder bedingte bestanden hat. Ist dies eine Forderung, die zu dem dem Konkurse unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners gehört, so kommt es mit dem Ablauf der Zeit und dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung zu einem Schuldigwerden zur Masse. Obschon also in diesen Fällen die Voraussetzungen gegeben sind, die nach § 55 Nr. 1 die Aufrechnung aus-

schließen, wird diese durch § 54 gestattet. Daraus folgt, weil andernfalls das Gesetz einen unlösbaren Widerspruch enthielte, daß ein Schuldigwerden nach Konk.-Beginn und zu dem Konk.-Vermögen ein „Schuldigwerden zur Masse" i. S. von § 55 Nr. 1 nur dann bedeutet, wenn die Verbindlichkeit nach der Konk.-Eröffnung aus neuen Schuldverhältnissen entstanden ist, dagegen für diese gesetzliche Vorschrift kein Raum verbleibt, wenn die Verbindlichkeit, obschon auch aus ihr eine Schuld zur Masse sich ergibt, als betagte oder aufschiebend bedingte bereits dem nachmaligen Gemeinschuldner erwachsen war (vgl. Jaeger KO.[4] Anm. 5 zu § 55). Ist dies der Fall, so kann im Hinblick auf die durch § 54 insbesondere gegenüber § 387 BGB. erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit auch mit nicht fälligen Forderungen aufgerechnet werden. Der Umstand also, daß der Erblasser und nach ihm seine Erben vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses eine fällige Forderung auf den Überschuß aus dem Erlöse des Pfandes noch nicht hatten, kann deshalb zur Verneinung der Aufrechnungsbefugnis der Beklagten nicht führen.

Bei der Anwendung des § 54 begründet es, wie bereits die Motive (zu § 60, jetzt 67 KO.) hervorgehoben haben und in der Rechtsprechung ohne Widerspruch anerkannt wird, keinen Unterschied, ob die Bedingung auf Rechtsgeschäft oder unmittelbar auf dem Gesetze beruht (vgl. RGEntsch. 58, 11). Also auch die Tatsache, daß erst infolge des Pfandverkaufs an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes nach dem Erlöschen des Pfandrechts ein Anspruch in der Höhe des Erlöses aus dem Pfande getreten ist (§§ 1223. 1247 Satz 2 BGB.), steht der von der Beklagten erklärten Aufrechnung nicht entgegen, sofern nur dieser Anspruch bereits vom Verpfänder K. als gesetzlich bedingter, und zwar, was allein in Frage kommt, als aufschiebend bedingter Anspruch mit der Verpfändung erworben und nicht erst als durch den Pfandverkauf nach der Konk.-Eröffnung aus einem neu begründeten Rechtsverhältnisse entstandener anzusehen ist.

Eine Forderung ist nach § 158 BGB. rechtsgeschäftlich aufschiebend bedingt, wenn ihre Wirksamkeit vom Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird. Als gesetzlich aufschiebend bedingt hat darnach eine Forderung zu gelten, wenn ihre künftige Wirksamkeit von einem dem grundlegenden Rechtsgeschäft hinzutretenden ungewissen Ereignisse abhängt, das als rechtlich bedeutsame Tatsache schon kraft Gesetzes den Anspruch zur Entstehung bringt. So faßt auch die vom Kläger für seine die Aufrechnungsbefugnis der Beklagten verneinende Ansicht angezogene Entscheidung des Reichsgerichts in Entsch. 53, 330 den Begriff der gesetzlichen Bedingung auf. Sie stellt im Fall eines Auftragsverhältnisses die aus dem ursprünglich zwischen dem Gemeinschuldner und dem Beauftragten abgeschlossenen Vertrage entstandenen Verbindlichkeiten denen gegenüber, die durch die Ausführung des Auftrags „für die Konk.-Masse" nach § 23 KO. und § 672 BGB., also aus einem nach der Konk.-Eröffnung begründeten

Schuldverhältnisse entstanden sind, und verneint die Aufrechnungsbefugnis des Beauftragten, weil dessen Schuld zur Masse aus diesem Schuldverhältnisse entstanden sei (vgl. Jaeger Anm. 7 zu § 55). Anderseits erkennt die Rechtsprechung an,

vgl. RGEntsch. 79, 129 und JW. 1913, 338[26]; OLG. Hamburg in OLGRspr. 23, 302. 304; auch die schon angez. RGEntsch. 58, 11,

daß der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 326 BGB.), der kraft Gesetzes an die Stelle des vertragmäßigen Lieferungsanspruchs nach Beginn des Konkurses getreten ist, nicht als erst nach der Eröffnung des Konk.-Verfahrens erworben anzusehen, sondern schon zur Zeit der Konk.-Eröffnung für den Fall des Erfüllungsverzugs (der Erfüllungsverweigerung) begründet, also hierdurch gesetzlich bedingt gewesen ist. Ist auch hiernach daran festzuhalten, daß ein Anspruch als gesetzlich bedingter aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse erwächst, wenn ihn eine diesem hinzutretende rechtlich bedeutsame Tatsache kraft Gesetzes zur Entstehung bringen kann, so ist auch der weitere vom Kläger angezogene, in einer Entscheidung des OLG. Hamburg (OLGRspr. 21, 174 oben) behandelte Fall nicht wie hier, sondern im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden (vgl. Jaeger a. a. O. Anm. 4 a. E.) und im vorliegenden Falle trotz der abweichenden Ansicht, zu der sich in einer gleichliegenden Sache (SeuffA. 50 Nr. 231) das OLG. Rostock bekannt hat, mit der gegenwärtig angefochtenen Entscheidung anzunehmen, daß die Klageforderung bereits vor der Konk.-Eröffnung dem Erblasser und seinen Erben als gesetzlich bedingte zugestanden hat.

Es trifft allerdings zu, daß es sich bei dem aus § 1247 Satz 2 und § 1223 Abs. 1 BGB. hervorgehenden Anspruch des Verpfänders auf den Überschuß aus dem Erlöse des Pfandes um den Teilungsanspruch des § 749 Abs. 1 BGB. um deswillen handelt, weil der Erlös, der „an die Stelle des Pfandes tritt", Miteigentum des Pfandgläubigers, dem er zum Teil gebührt, und des Pfandeigentümers wird. Dieser vom Konk.-Verwalter geltend gemachte persönliche Anspruch ist bereits vom Erblasser mit der Verpfändung als ein durch den Pfandverkauf aufschiebend, und zwar gesetzlich bedingter erworben worden. Gegen ihn, der sich der Höhe nach mit den Überschüssen des Erlöses über den zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlichen Betrag deckt (§ 1247 Satz 1, §§ 741. 752 Satz 1 BGB.), ist die verklagte Konk.-Gläubigerin nach § 54 Abs. 1 KO. aufzurechnen berechtigt. Ob, wenn der Konk.-Verwalter den Betrag des Pfanderlöses, der dem von ihm verwalteten Nachlasse gebührt, vorweg genommen hätte, wegen des Fortbestehens des am Pfande begründet gewesenen Eigentums des Erblassers und seiner Erben nunmehr am Überschusse (vgl. OLGRspr. 6, 126) für letztere der dingliche und deshalb nicht aufrechenbare Herausgabeanspruch des § 985 BGB. begründet wäre, kann, auch abgesehen davon, daß er nicht erhoben worden ist, dahingestellt bleiben, weil hierdurch der einmal entstandene Teilungsanspruch nicht beseitigt worden

wäre (vgl. Lang Aufrechnungsr. § 38 Note 15 und bei Note 15 S. 257). Hieran würde auch nicht, wie der Kläger annimmt, die Vermischung des Erlöses aus den verpfändeten Wertpapieren mit den Barmitteln der Beklagten etwas ändern, denn auch dies würde den aus dem Pfandverkauf und dem dabei erzielten Übererlöse entstandenen Teilungsanspruch des § 749 Abs. 1 BGB. nicht beseitigt und das Erlöschen der ihm zugrunde liegenden Forderung durch die Aufrechnung der Beklagten nicht hintangehalten, insbesondere den Konk.-Verwalter nicht darauf beschränkt haben, seinen Teilungsanspruch nunmehr auf der Grundlage des Miteigentums nach § 948 Abs. 1 und 947 Abs. 1 BGB. zu begründen. Er hat übrigens auch eine Klage mit dieser Begründung nicht erhoben.

Die Aufrechnung der Beklagten war nach alledem zulässig. Sie hat zum Erlöschen der Klageforderung geführt (§ 389 BGB.). Die Klage ist deshalb mit Recht abgewiesen worden und darum die Berufung zurückzuweisen."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 27. April 1916 i. S. K. Konk. w. Stadt L. — 5 O. 26/16. F—ch.

---

25. Abweisung des Antrags eines Gläubigers auf Konkurseröffnung; der Schuldner hat keinen Anspruch auf Kostenerstattung.

KO. § 105.

Der Antrag eines Gläubigers, das Konk.-Verfahren über den Schuldner zu eröffnen, war „auf seine Kosten" abgewiesen worden. Er legte Beschwerde ein, nahm dann aber den Antrag zurück. Der Schuldner hatte sich von einem Anwalt beraten lassen, auch eine Abschätzung seines Anwesens durch Sachverständige veranlaßt, und beantragte nun Festsetzung der ihm dadurch erwachsenen Kosten. Der Gerichtsschreiber gab dem Antrag statt, und das Amtsgericht wies eine Erinnerung des Gläubigers zurück; auf dessen sofortige Beschwerde wurde aber der Festsetzungsbeschluß aufgehoben; die weitere sofortige Beschwerde wurde zurückgewiesen. Gründe:

„— — — Die Konkursordnung enthält keine Bestimmung, wonach der Konk.-Antragsteller, der seinen Antrag zurücknimmt oder damit abgewiesen wird, dem Gemeinschuldner dessen Kosten erstatten müsse. Die Gemeinschuldnerin beruft sich zu Unrecht darauf, daß nach § 72 KO. die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Kostenerstattung anzuwenden wären. Das Landgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, daß § 72 KO. selbst die Einschränkung enthält: „soweit nicht aus den Bestimmungen der Konkursordnung sich Abweichungen ergeben". Es hat mit Recht daraus entnommen, daß eine Bestimmung der Zivilprozeßordnung hiernach dann nicht auf das Konk.-Verfahren übertragen werden kann, wenn ihre Anwendung der Natur des Konk.-Verfahrens als eines gerichtlichen Verteilungsverfahrens widerspricht. Das Konk.-Verfahren ist kein Rechtsstreit der Zivilprozeßordnung, wo sich Kläger und Beklagter als Parteien gegenüberstehen. Kann es doch auch auf

Antrag des Gemeinschuldners selbst eröffnet werden. Deshalb können auch die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, die auf dem Gegensatze zwischen mehreren Personen (Parteien) beruhen, nicht auf das Konk.-Verfahren angewandt werden; und dazu gehört auch die Vorschrift des § 91 ZPO., daß der unterliegende Teil dem Gegner dessen Kosten zu erstatten hat. Das Verfahren ist nicht so gestaltet, daß der Gemeinschuldner die Rolle einer Gegenpartei des Antragstellers einnähme. Im Konk.-Verfahren herrscht wie im Strafverfahren der Amtsbetrieb und die Ermittlung von Amts wegen. Das Gericht hat nach § 75 KO. von sich aus die nötigen Ermittelungen anzustellen, ohne daß es einer Mitwirkung des Schuldners bedarf. Ihm soll nur Gelegenheit gegeben werden, sich zu äußern; er kommt nur als Auskunftsperson in Betracht; die Vorschrift, ihn zu hören, soll nur dazu dienen, die Ermittelung der Wahrheit zu fördern. Äußert er sich aber nicht oder ist er nicht zu erlangen, so treten deshalb nicht etwa Versäumnisfolgen ein; das Konk.-Gericht hat vielmehr von sich aus zu ermitteln, ob die Voraussetzungen für die Konk.-Eröffnung vorliegen (§§ 105. 75 KO.). Die Konk.-Ordnung verlangt vom Gemeinschuldner nicht, daß er Material heranschaffe, um die Konk.-Eröffnung abzuwenden. Kosten braucht er sich also nicht zu machen; die Ermittelungen hat das Gericht auf Kosten der Staatskasse anzustellen. Dafür kann es vom Konk.-Antragsteller einen Auslagenvorschuß einfordern (§ 84 GKG.). Macht daher der Schuldner selbst Aufwendungen, indem er sich einen Rechtsanwalt annimmt oder auf eigene Kosten Erhebungen veranstaltet, so tut er es, ohne dazu durch die Art des Verfahrens genötigt zu sein. Er kann deshalb keinen Ersatz dafür verlangen. Er befindet sich in derselben Lage wie der Beschuldigte im amtlich betriebenen Strafverfahren. Ausnahmevorschriften aber, wie § 219 Abs. 3 oder § 499 Abs. 2 StPO., enthält die Konk.-Ordnung nicht.

Die Kostenentscheidung in dem Beschlusse, der den Konk.-Antrag ablehnt, kann sich dabei nur auf die Gerichtskosten beziehen. Deshalb kann unerörtert bleiben, ob dieser Beschluß noch maßgebend sei, nachdem vor seiner Rechtskraft der Eröffnungsantrag überhaupt (nicht nur die Beschwerde) zurückgenommen worden ist, und ob für die Festsetzung der Kosten, soweit sie der Gemeinschuldnerin erst im Beschwerdeverfahren erwachsen sind, ein vollstreckbarer Titel (§ 103 Abs. 1 ZPO.) vorliege.

Für die Kosten des jetzigen Kostenfestsetzungsstreits sind dagegen die Vorschriften der Zivilprozeßordnung anzuwenden und vom Landgericht auch mit Recht angewendet worden, weil die Gemeinschuldnerin selbst ein Kostenfestsetzungsverfahren nach der Zivilprozeßordnung eingeleitet hat."

Beschluß des OLG. zu Jena (3. Sen.) v. 24. Febr. 1914. 3 W. 19/14. Thür. Bl. 63, 63.

I. Bürgerliches Recht.

26. Eine Höchstpreisverordnung ist ein Verbotsgesetz.

Vgl. 3 Nr. 258; 6 Nr. 166; 37 Nr. 92. 210 m. N.; 42 Nr. 197.
BGB. § 134; Bkm. v. 28. Okt. 1914 (RGBl. 458).

Durch Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 10. Dez. 1914 (RGBl. 500) ist für inländisches schwefelsaures Ammoniak ein Höchstpreis von 27 bis 28 ℳ für den Doppelzentner festgelegt worden. Die Verordnung ist nach § 6 am 14. Dez. 1914 in Kraft getreten. Gemäß § 5 finden die §§ 2. 3 Abs. 2 und 4 des Ges. betr. die Höchstpreise v. 4. Aug. 1914 (RGBl. 339) in der Fassung der Bkm. v. 28. Okt. 1914 (RGBl. 458) entsprechende Anwendung.

Am 14. oder 15. Dez. 1914, also in jedem Fall nach Inkrafttreten des Höchstpreises, hat der Beklagte an die Klägerin Ammoniak zum Preise von 18,50 ℳ für 100 Pfd. = 37 ℳ für den Doppelzentner verkauft. Am 21. Dez. 1914 hat der Beklagte der Klägerin 29976 Pfd. Ammoniak geliefert und hierfür den Vertragspreis von 5545 ℳ in Rechnung gestellt. Die Klägerin hat am 6. Januar 1915 diesen Betrag an den Beklagten bezahlt. Unstreitig übersteigt der bezahlte Vertragspreis den Höchstpreis um mindestens 1200 ℳ. Die Klägerin stützt ihren Rückforderungsanspruch auf § 812 BGB. Ihre Ansicht, daß der Vertrag v. 14./15. Dez. 1914 nicht nichtig sei, sondern als zum Höchstbetrag abgeschlossen gelte, so daß sie den gezahlten, aber nicht geschuldeten Mehrbetrag für sich allein zurückfordern könne, ist unzutreffend.

Die Meinung, daß ein unter Überschreitung des Höchstpreises abgeschlossenes Kaufgeschäft, obwohl es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nicht nichtig sei, wird allerdings vereinzelt in der Literatur vertreten;

Hachenburg in LeipZ. 1915, 16; Schneider in Recht und Wirtschaft 1915, 8.

Der Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Das Gesetz verbietet den Abschluß von Kaufverträgen zu einem höheren Preise als dem festgesetzten Höchstpreis und bedroht Verkäufer wie Käufer mit Strafe, wenn sie die Höchstpreise überschreiten. Ein Kaufvertrag, der einen höheren Preis als den Höchstpreis festsetzt, verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und ist daher nach § 134 BGB. nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein andres ergibt. Letzteres ist nicht der Fall. In der Bkm. v. 10. Dez. 1914 und im Höchstpreisgesetz ist zwar die Nichtigkeit der Kaufgeschäfte als Rechtsfolge nicht besonders ausgesprochen. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß die allgemeinen Regeln des BGB. nicht Anwendung finden sollten. Das gesetzliche Verbot

bezweckt gerade, Rechtsgeschäfte des verbotenen Inhalts unmöglich zu machen. Bei einem Kaufvertrag ist die Bestimmung des Preises neben der Ware der wesentlichste Geschäftsbestandteil. Das Verbot, einen bestimmten Preis zu überschreiten, richtet sich gegen beide Vertragsteile und bedroht beide mit Strafe. Zweck des Gesetzes ist, die durch das verbotene Geschäft eintretende Veränderung im Kreise des Privatrechts der Beteiligten zu verhindern;

vgl. Mayer Kriegsr. 30; JW. 1916, 443. 109; LeipZ. 1915, 1369, 1.

Der Vertrag v. 14./15. Dez. 1914 ist also nichtig, ohne daß es darauf ankommt, ob die Parteien an diesem Tage die Höchstpreisfestsetzung schon gekannt haben. Für keine Partei bestand eine Verpflichtung zur Erfüllung, der Beklagte hätte nicht zu kaufen, die Klägerin nicht zu zahlen brauchen.

Beide Parteien haben aber den Vertrag, so wie er abgeschlossen war, erfüllt und beide haben damit gegen das gesetzliche Verbot verstoßen, so daß die Rückforderung des von der Klägerin geleisteten Betrages nach § 817 Satz 2 BGB. ausgeschlossen ist. Der Beklagte bestreitet nicht, bei der Lieferung und bei der Annahme der Zahlung die Höchstpreisfestsetzung gekannt zu haben. Seine Angabe, er habe angenommen, daß der zwar nach Inkrafttreten, aber vor Bekanntwerden des Höchstpreises abgeschlossene Vertrag zu dem Vertragspreise habe erfüllt werden dürfen, verdient keinen Glauben, ist aber auch unerheblich. Es ist selbstverständlich, daß der Zeitpunkt des Inkrafttretens von Gesetzen sich nicht je nach der Kenntnis der Beteiligten davon verschiebt. Der Beklagte hat durch Fordern des Vertragspreises und Annahme der Zahlung bewußt gegen das gesetzliche Verbot verstoßen. Ein gleicher Verstoß fällt aber auch der Klägerin zur Last. Der Geschäftsführer der Klägerin hat schon am 16. oder 17. Dez. 1914 die Festsetzung von Höchstpreisen für Ammoniak gewußt. Gerade sein sofortiges Aufsuchen des Beklagten zeigt, daß er einen Einfluß der Höchstpreisfestsetzung auf den Vertrag annahm. Bei dem Interesse, das in gewerblichen und landwirtschaftlichen Kreisen an der Kenntnis von den getroffenenen gesetzlichen Maßnahmen hinsichtlich des Ammoniaks als unentbehrlichen Düngemittels herrschte, kann ohne weiteres angenommen werden, daß der Geschäftsführer der Klägerin aus den Tageszeitungen oder von Berufsgenossen den Höchstpreis auch ziffermäßig erfahren hat. Es genügt aber schon, daß er überhaupt gewußt hat, daß ein Höchstpreis festgesetzt war. Wie das Landgericht im Anschluß an RGEntsch. 72, 48 (SeuffA. 65 Nr. 111) zutreffend ausführt, kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin gerade die Bkm. vom 10. Dez. 1914 und das Höchstpreisgesetz gekannt hat; sie hat gewußt, daß ein Höchstpreis bestand und hat dann gleichwohl den Vertragspreis entrichtet (JW. 1915, 1207).

Hiernach ist die Klage zu Recht abgewiesen worden und es ist die Berufung zurückzuweisen.

Urteil des OLG. zu Kiel (3. Sen.) v. 17. Juni 1916 S. w. St. (U III. 39/16). SchleswHolst. Anz. 1916, 156.

27. Wird die Rechtsgültigkeit eines Kaufs dadurch berührt, daß die Ablieferung derartiger Ware an den Kriegsausschuß vorgeschrieben ist?

BGB. 134; BO. v. 15. Juli 1915 (RGBl. 438).

Am 27. Juli 1915 hatte der Kläger dem Beklagten 1030 kg Mohnsaat, abzunehmen bis 31. Juli 1915, verkauft. Der Kläger klagte auf Zahlung des Kaufpreises von 877,20 M und Abnahme der Ware. Im Lauf des Rechtsstreits lieferte er indes die Ware, die Beklagter nicht abnahm, an den Kriegsausschuß für pflanzliche und tierische Öle und erhielt von ihm 808,80 M am 19. Okt. 1915 bezahlt. In der mündlichen Verhandlung verlangte er deshalb nur noch 84,60 M nebst Zinsen; diese 84,60 M bildeten den Rest des Kaufpreises zuzüglich gewisser Unkosten; der Betrag war aber bestritten. Der Beklagte behauptete, der Vertrag sei zufolge der BO. v. 15. Juli 1915 über den Verkehr mit Ölfrüchten und daraus gewonnenen Produkten, auf Grund deren der Kläger auch an den Kriegsausschuß geliefert habe, ungültig gewesen; die Einrede wurde jedoch in 2. Instanz verworfen. Aus den Gründen:

„— — — Dem Kläger ist darin beizupflichten, daß die BRBO. v. 15. Juli 1915 (RGBl. 438) den am 27. Juli 1915 geschlossenen Kauf nicht aufgehoben hat. Die Reichsgesetze und Verordnungen, durch welche Waren oder sonstige Produkte für unmittelbare oder mittelbare Kriegszwecke in Anspruch genommen werden, sind in der Wahl der Wege zur Erreichung ihrer Zwecke vielfach verschieden. Die Verschiedenheit macht sich namentlich auch darin geltend, ob und wieweit sie den freien Verkehr mit den Waren oder Produkten, sei es sofort, sei es für einen späteren Zeitpunkt, sei es ganz, sei es teilweise, ausschließen oder bestehen lassen. Für das hier vorliegende Gebiet ist von Interesse, daß zunächst durch BO. v. 22. Juni 1915 (RGBl. 345) bestimmt worden war, daß Kaufverträge über Mohn aus der inländischen Ernte des Jahres 1915 nichtig seien. Diese Verordnung ist durch Bkm. v. 24. Juli 1915 (RGBl. 476) außer Kraft gesetzt worden, nachdem inzwischen die eingangs gedachte BO. v. 15. Juli 1915 erlassen worden war. Es ist klar, daß diese letztere Verordnung die von ihr ergriffenen Produkte in einer gewissen Weise dem gänzlich freien Verkehr entzieht. Denn sie bestimmt in § 1, daß die Produkte an den Kriegsausschuß in Berlin zu liefern sind. Sie führt in § 2 für diejenigen, die Ölfrüchte in Gewahrsam haben, die Pflicht ein, die bei Beginn eines jeden Kalendervierteljahres vorhandenen Mengen nach Arten und Eigentümern getrennt, erstmalig am 1. Aug. 1915, anzuzeigen, verpflichtet in § 3 den Kriegsausschuß, die ihm nach § 1 zu liefernden Früchte zu bestimmten Preisen abzunehmen, und legt dem Lieferungspflichtigen in § 4 auf, dem Kriegsausschuß anzuzeigen, von welchem Zeitpunkt ab er zur Lieferung bereit sei. Der Kaufpreis ist, wenn die Abnahme nicht zwei Wochen später erfolgt, von da ab mit 1% über den jeweiligen Reichsbankdiskont zu verzinsen; von da ab geht auch die Gefahr auf den Kriegsausschuß über. Diese Bestimmungen

sind nachträglich durch die VO. v. 8. Nov. 1915 (RGBl. 735) weiter dahin abgeändert, daß die im § 1 schlechthin aufgestellte Verpflichtung zur Lieferung formell weggefallen ist. Dagegen hat, wer Öle in Gewahrsam hat, sie dem Kriegsausschuß auf Verlangen zu überlassen (§ 4) und der Kriegsausschuß hat auf Antrag des zur Überlassung Verpflichteten binnen einer Woche zu erklären, welche bestimmt zu bezeichnenden Mengen er übernehmen wolle. Aber auch abgesehen von dieser erst nachträglichen, hier unmittelbar nicht in Betracht kommenden Abänderung der VO. v. 15. Juli 1915 kann nicht angenommen werden, daß die letztere jeglichen Verkauf der betreffenden Produkte habe unterbinden wollen. Zunächst ist bedeutsam, daß die Verordnung einen der aufgehobenen VO. v. 22. Juni 1915 entsprechenden Satz über Aufhebung der Kaufverträge, wie er sich auch in andern einschlägigen Verordnungen (z. B. in § 6 (8) VO. über die Regelung des Zuckerverkehrs, RGBl. 467) findet, vermissen läßt. Besonders beachtlich ist, daß sie als lieferungspflichtig nicht den Eigentümer der Ware, sondern denjenigen behandelt, der sie in Gewahrsam hat. Die ihm nach § 4 obliegende Pflicht, anzuzeigen, wann er lieferungsbereit sei, setzt ersichtlich nicht früher ein als die in § 3 festgelegte Pflicht, erstmalig am 1. August 1915 (einen halben Monat nach Verkündung der Verordnung) den Bestand an Ölfrüchten anzuzeigen. Dies spricht dafür, daß bis zum 1. August 1915 der Besitzer noch wechseln darf. Die Festlegung der weiteren Pflicht, auch späterhin den Bestand der jeweils zu Beginn eines Kalendervierteljahrs vorhandenen Mengen anzuzeigen, spricht dafür, daß der Besitzer auch weiterhin noch wechseln darf. Denn sollte nur die Anzeige der Verringerung des vorhandenen Bestandes durch Verbrauch oder Verarbeitung im abgelaufenen Vierteljahr in Frage kommen, so würde dies gesagt sein. Die Lieferungspflicht erscheint sonach ganz ausschließlich auf den jeweiligen Gewahrsam abgestellt, nur mit der Maßgabe, daß, sobald Anzeige von dem Bestande an den Kriegsausschuß erfolgt ist, diesem gegenüber bis zur nächsten Anzeige der Anzeigende eintretendenfalls lieferungspflichtig bleibt. Hiernach ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb die vorliegende Verkehrsbeschränkung weitergehend auch Kaufgeschäfte über die in der gedachten Weise gebundenen Produkte habe ausschließen wollen. Überdies erscheint es auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus nur als vernünftig, daß man z. B. eine erst nach Erlassung der Verordnung sich durch Aufkäufe vollziehende Vereinigung kleinerer Mengen von Ölfrüchten in einer Hand, durch die sich der Ablieferungsverkehr zweifellos vereinfacht, nicht hat verhindern wollen.

Es ist mithin anzunehmen, daß der Kläger bis zum 1. August berechtigt war, zu verkaufen und den Gewahrsam an den Beklagten zu übertragen. Da letzteres aber nicht geschah, blieb der Kläger dem Kriegsausschuß gegenüber lieferungspflichtig. Hätte er zum nächsten Anzeigetermin angezeigt, daß er nicht mehr besitze, so würde von da ab der neue Besitzer anzeige- und lieferungspflichtig geworden sein.

Der vom Kriegsausschuß an den Verwahrer zu zahlende Übernahmepreis gebührt in dem vorliegenden Falle, daß der Verwahrer die Ware verkauft hat, in seinem Verhältnis zum Käufer dem letzteren, wogegen der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis zu entrichten schuldig ist. Ist der Übernahmepreis höher als der Kaufpreis, so gebührt der Überschuß dem Käufer; ist er, wie im vorliegenden Fall, geringer, so hat der Verkäufer Anspruch darauf, daß der Käufer ihm den Unterschied erstatte. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 11. Okt. 1916. J. (Kl.) w. W. Bf. IV. 52/16. B.

---

28. Die Zahlungsverbote gegen Frankreich und England beziehen sich nicht auf Zahlung ausländischer Schulden Deutscher im Ausland.

Vgl. 71 Nr. 53.

BGB. § 134; Bkm. v. 30. Sept. und 20. Okt. 1914 (RGBl. 421. 443).

Zwischen den Parteien, die beide Deutsche sind und in Leipzig ihre Handelsniederlassung haben, bestand eine Geschäftsverbindung, indem der Beklagte bis Ende Juli 1914 durch den Kläger, der auch in Paris eine Firma (H. C.) führte, Pelzwaren aus Paris bezog. Der Geschäftsgang war der, daß der Beklagte der Leipziger Firma des Klägers seinen Bedarf mitteilte, daß dann die Pariser Firma des Klägers sich mit Pariser Fabrikanten ohne den Beklagten zu nennen in Beziehung setzte und die Waren erwarb; auch die Bezahlung erfolgte durch den Kläger. — Der Kläger wollte hieraus eine größere Summe vom Beklagten zu fordern haben und klagte davon einen Teilbetrag von 10000 ℳ ein, womit er in beiden Instanzen durchdrang. Im übrigen aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Der Kläger war im Verhältnis zum Beklagten nicht bloß Vermittler zwischen ihm und den Pariser Fabrikanten, so daß nur diese den Kaufpreis für die vom Beklagten bezogenen Waren fordern könnten. — — — Anderseits muß die Auffassung abgelehnt werden, daß der Kläger auch im Verhältnis zum Beklagten als Eigenhändler aufgetreten sei. — — — Vielmehr muß der Auffassung des Beklagten beigetreten werden, daß der Kläger als sein Einkaufskommissionär tätig gewesen ist. — — —

Als Einkaufskommissionär kann der Kläger, da er nicht zu behaupten vermag, daß die Pariser Fabrikanten bezahlt seien, vom Beklagten zurzeit nur verlangen, daß er von den Verbindlichkeiten befreit werde, die er durch die im Auftrage des Beklagten im eigenen Namen bewirkten Einkäufe eingegangen ist (§ 257 BGB.). Dies kann durch Zahlung an jene Verkäufer zur Zeit nicht geschehen, weil dem Beklagten durch die Bkm. v. 20. Okt. 1914, betr. das Zahlungsverbot gegen Frankreich (RGBl. 443) verb. mit § 1 der Bkm. v. 30. Sept. 1914, betr. das Zahlungsverbot gegen England (RGBl. 421) unzweifelhaft verboten ist, an die Pariser Fabrikanten Zahlung zu leisten. Eine den Kläger

befreiende Schuldübernahme (§ 414 BGB.) durch den Beklagten kommt ebenfalls nicht in Betracht. Bei dieser Sachlage kann dem Kläger ein Anspruch darauf, daß der Beklagte an ihn zahle, nicht versagt werden. Es entspricht regelmäßig der kaufmännischen Kommission, daß die Befreiung durch Zahlung des Beauftragten an seinen Gläubiger erfolgt (RGEntsch. 47, 125). Da nun im vorliegenden Falle die Befreiung des Klägers in andrer Weise nicht stattfinden kann, auch nicht in Frage kommt, daß der Kläger dies zu vertreten habe, so beschränkt sich die Verpflichtung des Beklagten gemäß § 265 BGB. darauf, daß er dem Kläger die erforderliche Deckung leiste. — — —

Der Beklagte hat aber auch die Fälligkeit der vom Kläger eingegangenen Verbindlichkeiten bestritten; indes zu Unrecht.

Die Bekanntmachung über das Zahlungsverbot gegen Frankreich v. 20. Okt. 1914 (RGBl. 443) erklärt die Vorschriften der BO. v. 30. Sept. 1914 über das Zahlungsverbot gegen England (RGBl. 421) auch auf Frankreich für anwendbar. Die Zusatz-Bekanntmachung v. 20. Dez. 1914 (RGBl. 550) schlägt nicht ein. Verboten ist hiernach, daß aus dem Gebiet des Deutschen Reichs nach (Großbritannien oder) Frankreich unmittelbar oder mittelbar Zahlungen geleistet werden. Nach dem Wortlaut dieser Vorschriften ist also nicht verboten, daß ein Schuldner, der im Auslande seinen Wohnsitz oder seine Handelsniederlassung hat, auch wenn er Deutscher ist, die im Auslande gegen ihn entstandenen Verbindlichkeiten mit bereits im Auslande befindlichen Werten tilge. Dem entspricht es, daß gemäß § 5 des Zahlungsverbots v. 30. Sept. 1914 umgekehrt, der Regel nach, im Inlande Ansprüche, die Engländern zustehen, getilgt werden dürfen, wenn sie im Betriebe einer von solchen im Inlande unterhaltenen Niederlassung entstanden sind. Auf Verbindlichkeiten, die für ausländische Gläubiger gegen einen Deutschen im Betriebe seiner im Auslande unterhaltenen Niederlassung entstanden sind, kann darum auch die Stundungsvorschrift in § 2 der angezogenen Bekanntmachung nicht bezogen werden. Die Denkschriften zu beiden Bekanntmachungen (Druckf. des Reichst. 13. Leg.-Per. 2. Session 1914 Nr. 26 S. 85 ff.) ergeben Gegenteiliges nicht. Es muß auch als ausgeschlossen gelten, daß die Absicht bestanden habe, Zahlungen der gekennzeichneten Art zu verbieten. Denn die Niederlassung eines Deutschen im Auslande bleibt der Gerichtsbarkeit des Auslandes auch während des Krieges unterworfen. Es kann also die Beitreibung solcher Ansprüche im Wege der regelmäßigen Zw.-Vollstreckung und im Wege einer nach Kriegsrecht eingesetzten Zw.-Verwaltung durch deutsche Vorschriften garnicht gehindert werden. Es würde deshalb eine grundlose Härte gegen den deutschen Schuldner sein, wenn ihm verboten würde, freiwillig eine Handlung vorzunehmen, die der Auslandsstaat jederzeit erzwingen kann, und wenn er dadurch genötigt würde, sich Kosten und darüber hinaus nach Befinden auch andre schwere Nachteile zuzuziehen. Den erwähnten Verboten ist daher (abgesehen von der Ausnahmevorschrift in § 1 Abs. 2 des

Zahlungsverbots gegen England) rein territoriale Bedeutung beizumessen. Dies ist auch, soweit dem Oberlandesgericht auf Grund der ihm zugänglichen Quellen bekannt ist, in Rechtsprechung und Schrifttum nicht bestritten;

vgl. JW. 1916, 349; ferner Sieskind im Recht 1914, 696; Busch in JW. 1914, 911; Dalberg in DJZ. 1914, 1259; Hachenburg in LeipZ. 1914, 1681; Wassermann in JW. 1915, 10; und Renner ebenda S. 868.

Im vorliegenden Falle hat nun der Kläger als alleiniger Inhaber der Firma H. C., die in Paris ihre Handelsniederlassung hat, von in Paris angesessenen Firmen in Paris Waren gekauft und er ist jenen dafür den Kaufpreis schuldig geworden. Die Zwangsbeitreibung der hiernach geschuldeten Beträge aus den bereiten Mitteln der Pariser Firma H. C. kann der Kläger nicht hindern. Dies ist ihm auch nicht geboten. Es ist ihm deshalb aber auch nicht verboten, durch Angestellte der Pariser Firma mit deren Mitteln freiwillig Zahlungen zu leisten, soweit dies trotz der von seiten der französischen Regierung anscheinend angeordneten Zw.-Verwaltung möglich ist. Auch soweit der Kläger als Rauchwaren-Kommissionär in Rußland, England, Nordamerika Vermögen hat, ist dies dem Zugriff der Pariser Gläubiger ausgesetzt. Das Zahlungsverbot gegen Frankreich übt daher auf die Tilgung der erwähnten Verbindlichkeiten des Klägers nur die zweifache Wirkung aus,

a) daß er aus dem Gebiet des Deutschen Reichs weder unmittelbar an die Pariser Gläubiger der Firma H. C. Zahlungen leisten, noch auch der Firma H. C. zu diesem Zweck Mittel zur Verfügung stellen darf;

b) daß gegen ihn die Zw.-Vollstreckung aus Schuldtiteln, welche die Pariser Firmen gegen die Firma H. C. etwa erlangen, im Inlande auch nicht mittels Vollstreckungsurteils (§§ 722 ff. ZPO.) zugelassen werden darf.

An der Fälligkeit der Schulden des Klägers gegen die Pariser Fabrikanten ist somit durch das erwähnte Zahlungsverbot nichts geändert, nur ist das inländische Vermögen des Klägers dem Zugriff seiner genannten Gläubiger zeitweilig entzogen.

Da die Verbindlichkeiten des Klägers, von denen er Befreiung verlangt, fällig sind, würde der Beklagte die Zahlungspflicht nicht gemäß § 257 Abs. 2 BGB. durch Sicherheitsleistung abwenden können, auch wenn er dazu bereit wäre. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 29. Juni 1916. C. (Kl.) w. R. 1 O. 222/15. —e—

29. Wohnungmiete eines Mannes für ein Mädchen; Verstoß gegen die guten Sitten?

Vgl. 6 Nr. 18; 42 Nr. 198.

BGB. § 138.

Die Klägerin lebte mit dem Erblasser der Beklagten, der Kaufmann und Angestellter der Firma C. & Co. war und am 9. Juni 1915 als Offizier gefallen

ist, in Beziehungen, die sie selbst in der Klage als „Verhältnis" bezeichnet. Diese Beziehungen haben schon im Jahr 1905, als die Klägerin im 17. Lebensjahr stand, begonnen und haben sich ununterbrochen bis zum Tode des Erblassers fortgesetzt. Am 5. Juni 1913 hat der Erblasser ein Testament errichtet, worin er erklärt, große Verpflichtungen gegen die Klägerin zu fühlen, und als den einzigen Grund der Testamentserrichtung bezeichnet, daß er ihre Zukunft so sicherstellen wolle wie es ihm möglich sei; er erwähnt, daß die Klägerin mittellos sei, spricht in warmen Ausdrücken von ihr und ordnet an, daß seine Asche von ihr aufbewahrt und, wenn möglich, bei ihrem Tode ihr ins Grab mitgegeben werden solle. Als am 2. Aug. 1914 der Erblasser ins Feld zog, hat er sich mit der Klägerin verlobt und sie seinen Eltern zugeführt; unter seiner Todesanzeige steht der Name der Klägerin als „Braut" neben denen der Eltern und der Geschwister. Seit Jahren hat der Erblasser den Unterhalt der Klägerin einschließlich der Wohnung bestritten; sie hat zwar das Gewerbe einer Stellenvermittlerin betrieben, aber damit keinen Verdienst erzielt. Und zwar hat der Erblasser früher in eigenem Namen für die Klägerin eine Wohnung gemietet; er selbst wohnte bei seinen Eltern. Am 25. Juli 1914 ist über die jetzige Wohnung der Klägerin der bis zum 1. Oktober 1917 laufende Mietvertrag geschlossen, laut dessen die Klägerin als Mieterin auftritt und der Erblasser für ihre Verpflichtungen die selbstschuldnerische Bürgschaft übernimmt. Bezogen hat die Klägerin diese Wohnung Anfang April 1915. Bis zu seinem Tode hat der Erblasser der Klägerin so viel Mittel zukommen lassen, daß sie die Miete davon bezahlt hat. Für die Zeit seit dem 1. Juli 1915 hat die Klägerin die Miete aus eigenen Mitteln, wie sie angibt aus ihren Ersparnissen, bezahlt. Sie begehrt von dem verklagten Testamentsvollstrecker Erstattung dieser Beträge und Freihaltung von der Miete bis zum 1. Oktober 1917.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es geht von der Behauptung der Klägerin aus, daß in ihrem Verhältnis zu dem Erblasser vereinbarunggemäß dieser die Miete habe zahlen oder ihr erstatten sollen. Eine solche Vereinbarung sei nichtig, da nach der von der Klägerin geschilderten Sachlage die von dem Erblasser angeblich übernommene Verpflichtung zur Mietezahlung ein Entgelt für die geschlechtliche Hingabe der Klägerin darstellte; die Klägerin selbst behaupte, lange Jahre Verhältnis und schließlich Braut des Erblassers gewesen zu sein, sie, die mittellos sei, habe die verhältnismäßig teure Wohnung lediglich im Interesse des Erblassers gemietet, der ihr einen Hausstand gekauft, den größten Teil seiner freien Zeit bei ihr zugebracht und sie überhaupt unterhalten habe. Jene angebliche Vereinbarung verstoße daher gegen die guten Sitten.

In dieser Begründung werden die Umstände des Einzelfalls nicht genügend gewürdigt.

Es ist unbedenklich festzustellen, daß der Erblasser die Klägerin zum Mieten der Wohnung veranlaßt, sie damit beauftragt hat. Während er bis dahin selbst eine Wohnung für sie gemietet hatte, ist es bei dem Mieten dieser Wohnung

äußerlich so gewendet, daß die Klägerin die Mieterin war, etwa weil sie, wie sie angibt, als Stellenvermittlerin eine eigene Wohnung haben mußte, oder aus andern Gründen; im Verhältnis zwischen ihr und dem Erblasser aber war er der Mietende, der die Wohnung für sich und die Klägerin haben wollte und für dessen Rechnung die Klägerin, jedoch in eigenem Namen, die Wohnung mietete. Aus diesem Auftragsverhältnis, mit dem die Bürgschaftübernahme durchaus im Einklang steht, ergibt sich ohne weiteres, sofern nicht der Auftrag und dessen Annahme gegen die guten Sitten verstoßen, die Verpflichtung des Erblassers, die Klägerin von der Miete freizuhalten oder ihr ausgelegte Beträge zu erstatten; ob dies noch ausdrücklich vereinbart ist, ist unerheblich. Mehr als Erstattung der ausgelegten Beträge und Freihaltung verlangt die Klägerin auch nicht, sie verlangt nicht etwa freie Wohnung in den Mieträumen bis zum Ablauf des Vertrages, sondern ist bereit, auf die Wohnung zu verzichten, wenn sie nur ihrer Verpflichtungen ledig wird.

Es ist richtig, daß die Erteilung und Annahme eines solchen Auftrags unsittlich sein kann. Zwar können, wie selbstverständlich ist, Personen, die in einem sog. „Verhältnis" miteinander leben, gültige Rechtsgeschäfte miteinander eingehen, und diese haben auch dann rechtlichen Bestand, wenn sie, ohne daß das sog. Verhältnis bestände, nicht eingegangen sein würden. Aber zwischen Personen, die in solchen von der Rechtsordnung mißbilligten Beziehungen leben, ist es häufig, daß ihre Rechtsgeschäfte derart von unsittlichen Beweggründen und Zwecken beherrscht werden, daß das Rechtsgeschäft als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden muß; so z. B. wenn ein Darlehn gegeben wird, um ein Mädchen zum Geschlechtsverkehr gefügig zu machen oder zu erhalten. In gleicher Weise kann auch der Auftrag eines Mannes an ein Mädchen oder eine Frau, in eigenem Namen eine Wohnung zu mieten, unsittlich sein, wenn nämlich gerade dadurch ein unsittlicher Verkehr ermöglicht, oder wenn der weibliche Teil gefügig gemacht oder erhalten werden soll oder dgl. (HansGZ. 1906 Beibl. S. 195), und insbesondere auch dann, wenn es so liegt, wie das Landgericht annimmt, daß in dem Auftrage zugleich eine Zuwendung liegt, die als Entgelt für unsittlichen Verkehr zu betrachten ist. Ein Entgelt, oder wie das Landgericht es nennt, ein Äquivalent, setzt ein Abhängigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung voraus, so daß die eine ohne die andre nicht gewährt werden würde.

Im vorliegenden Fall liegen die tatsächlichen Verhältnisse jedoch durchaus anders. Es ist zu berücksichtigen, daß die Beziehungen der Klägerin beim Abschluß des Mietvertrages schon neun Jahre lang bestanden und sich zu einem so festen Bunde gestaltet hatten, daß beiden die Lösung ihrer Beziehungen fernlag, sie vielmehr beabsichtigten, zeitlebens daran festzuhalten. Das geht sowohl aus den Erklärungen der Klägerin vor dem Ber.-Gericht hervor wie aus dem Testament des Erblassers. Tatsächlich haben sich ja auch beide nach Abschluß des Mietvertrages bei Ausbruch des Krieges, und zwar noch vor Be-

ziehung der Wohnung durch die Klägerin, verlobt. Seit einer Reihe von Jahren bestritt der Erblasser den Unterhalt der Klägerin einschließlich der Wohnung, die er früher in eigenem Namen für sie gemietet hatte. Wenn dies bei Abschluß dieses Mietvertrages geändert wurde, so trat dadurch in den Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Klägerin keinerlei Änderung ein, es war ein für diese Beziehungen zueinander gleichgültiger Umstand. Es erscheint ausgeschlossen, daß das Mieten dieser Wohnung, oder daß die Mietung einer anderen Wohnung um jene Zeit irgendwelchen Einfluß auf das Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Erblasser ausgeübt haben sollten in der Richtung, daß etwa ohne das Mieten der Wohnung ihre Beziehungen sich gelockert hätten oder abgebrochen wären und daß durch die Gewährung der Wohnung die Klägerin an den Erblasser mehr gefesselt wäre als ohnedies. Bei dem Verhältnis der beiden Personen zueinander, das sich zu einem dauernden gestaltet hatte, verstand sich ganz von selbst, daß der Erblasser für eine Wohnung der Klägerin sorgte; Beweggrund und Zweck dieses Tuns war seine in dem Testament bezeugte Dankbarkeit und Zuneigung zu der Klägerin und die seit Jahren bestehende tatsächliche Gestaltung, daß er den Unterhalt der Klägerin bestritt; dies wurde durch die Mietung der Wohnung lediglich fortgesetzt. In einem solchen Fall kann nicht wohl davon die Rede sein, daß Beweggrund oder Zweck des Handelns, oder beides, gegen die guten Sitten verstießen, und zwar auch dann nicht, wenn, wie selbstverständlich ist, die Wohnung zugleich auch dazu dienen sollte, den geschlechtlichen Verkehr der Klägerin mit dem Erblasser fortzusetzen. In Fällen, wie hier, tritt dies zu sehr in den Hintergrund, als daß es noch als die Handlungsweise beherrschend angesehen werden kann. Anders ist es, wenn die zu beschaffende Wohnung wesentlich und überwiegend dem außerehelichen Geschlechtsverkehr dienen soll und gerade zu diesem Zweck gemietet wird. Es kommt bei dieser Art von Beziehungen stets auf die Verhältnisse des Einzelfalls an. Die Fälle, wo es sich um leicht eingegangene und leicht gelöste wesentlich auf Geschlechtsgenuß abzielende „Verhältnisse" handelt, sind mit dem hier zu beurteilenden Fall nicht vergleichbar.

Dem allgemeinen Empfinden über das, was den guten Sitten entspricht, mag es zuwiderlaufen, eine solche Verbindung, wie zwischen der Klägerin und dem Erblasser bestand, zu haben und zu pflegen; wenn aber einmal eine solche mit dem Gepräge der Dauerhaftigkeit vorhanden ist, so kann es nicht als unsittlich gelten, die daraus sich ergebenden wirtschaftlichen Folgen auf sich zu nehmen. Es ist zu unterscheiden zwischen den Rechtsgeschäften, deren Inhalt nach Beweggründen, Zweck und Ziel unsittlicher Natur ist, und solchen, die lediglich durch ein bestehendes unsittliches Verhältnis veranlaßt sind. Die letzteren sind nicht ohne weiteres unsittlich, können es aber sein. Im vorliegenden Falle ist der Beweis dafür nicht erbracht. Wenn die Beziehungen der Klägerin zu dem Erblasser sich aus irgendwelchen Gründen bei dessen Lebzeiten während der Dauer des Mietverhältnisses gelöst hätten, so würde der

Erblasser aus dem Auftrage gehaftet haben und sich auf Unsittlichkeit nicht haben berufen können, was er übrigens, wie nach dem Testament nicht zu bezweifeln ist, auch nicht getan haben würde.

Danach war den Klaganträgen zu entsprechen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 1. Nov. 1916. Schr. (Kl.) w. K. Test. V. Bf. 338/16. Gr.

---

30. Annahme unmittelbarer Stellvertretung auf Grund äußerer Umstände.

Vgl. 68 Nr. 74 m. N., Nr. 226.
BGB. §§ 164. 171.

Der Beklagte hatte im September 1914 bei seinem Schuldner D. dessen Forderung an den Händler T. aus dem Verkauf von Schweinen pfänden und sich überweisen lassen, worauf T. die Schuld von 661 M an ihn ausbezahlt hatte. Der Kläger verlangte vom Beklagten Auszahlung dieses Betrages auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung, indem er behauptete, daß er als Inhaber der Schweinemästerei, in welcher er den Beklagten angestellt habe, als eigentlicher Verkäufer und mithin als Gläubiger des Kaufgeldes betrachtet werden müsse. — Die Klage wurde abgewiesen und die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Hauptbegründung des Klaganspruchs läuft darauf hinaus, daß die vom Beklagten gepfändete, ihm überwiesene und durch Auszahlung erfüllte Forderung nicht dem Pfändungsschuldner D., sondern dem Kläger zugestanden habe. Daß D. beim Abschluß des Vertrags, dem die Forderung entsprang, ausdrücklich im Namen des Klägers handelnd hervorgetreten sei, behauptet der Kläger nicht; die Umstände sollen eine derartige Stellvertretung des Klägers durch D. ergeben (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB.).

Eine weitverbreitete, im allgemeinen billigenswerte und auch vom Oberlandesgericht Kiel befolgte Rechtsprechung legt den § 164 Abs. 1 S. 2 dahin aus, daß bei Rechtsgeschäften, die sich auf einen Gewerbebetrieb beziehen, der Wille der Beteiligten regelmäßig auf den Abschluß mit dem Inhaber des Gewerbes gerichtet sei, und daß sogar dieser maßgebende Wille durch einen Irrtum darüber, ob die innerhalb des Gewerbebetriebs abschließende Person der Inhaber sei oder nicht, keineswegs beeinträchtigt werde (Planck BGB. Bem. 4 zu § 164). Allein diese Willensauslegung, die einer gesunden wirtschaftlichen Grundauffassung entspringt, hält sich nur dann im Rahmen des § 164 und ist daher nur dann zur Annahme einer direkten Stellvertretung gemäß § 164 dienlich, wenn jener Wille sich in irgend einer Weise äußerlich erkennbar hervortut. Den Hauptfall, wenn auch nicht den einzigen, wird es bilden, daß das zu beurteilende Rechtsgeschäft in einem Laden oder sonstigen Geschäftsraum abgeschlossen wird. Jedenfalls muß es nicht nur ‚feststehen,

daß die Absicht dahin ging, mit dem Inhaber des Geschäfts zu kontrahieren' (so Planck a. a. O.), sondern es muß sich auch gerade dieser Wille in äußeren, beim Vertragsabschluß selbst erkennbaren Umständen verkörpern. Eine Auslegung, die diese Grenzen überschreitet und zu tief in das Innenverhältnis der handelnd auftretenden Personen zu einem Dritten eindringt, wird zwar vielfach zu einer richtigen Interessenwahrung führen, auf der andern Seite aber die Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährden, indem sie an Stelle des äußerlich Wahrnehmbaren das Ungewisse und schwer zu Erkennende setzt. Gerade dieses Ergebnis widerstreitet aber dem deutlichen Grundgedanken der direkten Stellvertretung i. S. des § 164 BGB.

Im vorliegenden Fall hat nun die Beweisaufnahme erkennbare äußere Umstände, die den Willen des T., mit dem Kläger, als dem die Schweinezucht Betreibenden, abzuschließen, nicht ergeben. Bei der Beweiswürdigung ist es nicht zu übersehen, daß nicht rechtsverständige Zeugen häufig bei nachträglicher Betrachtung früher betätigter Rechtsauffassungen die wirtschaftlich wichtigen Gesichtspunkte mit den rechtlich maßgebenden verwechseln. Es ist also nicht jede einzelne Wendung, die ein solcher Zeuge seiner Auffassung gibt, wörtlich zu nehmen. Alles in allem gesehen ist aber offenbar die neben der Auffassung des D. maßgebende Anschauung des T. doch eher die gewesen, daß D. ein selbständiger Schweinezüchter sei und daß er unmittelbar nur mit diesem zu tun habe. Was man sonst in der Gegend geglaubt hat, tritt demgegenüber zurück. — — — Der vorliegende Fall ist daher sachlich, nach den äußeren Umständen, und persönlich, nach der Auffassung des einen Vertragschließenden, anders beschaffen als die Fälle, in denen jemand auf einem Gutshof mit einem Knecht oder einem Inspektor einen Handel abschließt. — —"

Urteil des OLG. zu Kiel (3. Sen.) v. 20. Mai 1916 G. w. E. U. III 179/15. SchleswHolstAnz. 1916, 174.

---

31. Unbegründete Abnahmeverweigerung des Käufers; der Verkäufer muß anderweit günstig zu verkaufen suchen.

Vgl. 60 Nr. 183 m. N.; 65 Nr. 207.
BGB. §§ 254. 326.

In einem Vorprozesse war die Verpflichtung der Beklagten zur Abnahme einer größeren Menge Maßfliesen festgestellt worden. Die Klägerin forderte, als die Bekagte die Maßfliesen nicht abnahm, Schadenersatz gemäß § 326 BGB., wurde aber vom Landgericht abgewiesen, indem mit Rücksicht auf eingetretene Preissteigerung ein Schaden der Klägerin überhaupt verneint wurde. Das Oberlandesgericht bestätigte mit folgender Begründung:

„Mit Recht stellt das Landgericht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen K. fest, daß die Klägerin im Dezember 1913, d. i. nach Ablauf der ihr bis zum 21. Dezember gesetzten Nachfrist (§ 326 BGB.), welcher Zeit-

punkt für die Berechnung des abstrakten Schadens zugrunde zu legen ist (RG.-Entsch. 60, 346ff., 348 oben), mit Leichtigkeit die an die Beklagte verkauften Maßfliesen anderweit und sogar zu einem höheren Preise hätte verkaufen können. Die Klägerin war somit in der Lage, den jetzt geltend gemachten Schaden in voller Höhe abzuwenden. Unterließ sie dies, so ist sie für diese Unterlassung im Rahmen des § 254 Abs. 2 BGB. verantwortlich zu machen (Entsch. 57, 106ff.). Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß es nicht nur Pflicht eines jeden ist, schädliche Eingriffe in einen fremden Rechtskreis zu vermeiden, sondern daß es auch Aufgabe jedes ordentlichen und verständigen Menschen ist, sich und das Seinige tunlichst vor Schaden zu bewahren. Wer, pochend auf die Schadenersatzpflicht eines anderen, jede Maßregel zur Abwendung oder Minderung eines ihm drohenden Schadens unterläßt, der verstößt wider Treu und Glauben, wenn er gleichwohl den vermeidlich gewesenen Schaden von dem anderen ersetzt verlangt. Dieser Verstoß gegen Treu und Glauben ist es, den das Gesetz in § 254 Abs. 2 BGB. als Verschulden bezeichnet.

RGEntsch. 52, S. 349 ff., 351; vgl. auch Dernburg B.R.[3] II. 1, 82 § 32 Nr. 3, wonach ein Verschulden i. S. jener Bestimmung dann vorliegt, wenn der Geschädigte zur Abwendung des Schadens das nicht tut, was er voraussichtlich tun würde, wenn er niemand hätte, der ihm für den Schaden aufkommt.

So liegt hier der Fall. Bei der Leichtigkeit, mit der die Klägerin durch anderweitige, noch dazu gewinnbringende Verwertung der an sich der Beklagten zu liefernden Maßfliesen sich vor jedem Schaden hätte bewahren können, ist das Verlangen der Klägerin auf Ersatz des abstrakten Schadens so unbillig wie nur möglich; und der ihr angeblich erwachsene Schaden beruht derart vorwiegend auf ihrem eigenen Verschulden, daß das etwaige Verschulden des Beklagten dagegen gänzlich zurücktritt und daß deshalb auch eine nur teilweise Verurteilung der Beklagten zum Schadenersatze nicht mehr gerechtfertigt wäre.

Die Klägerin kann sich nicht einmal darauf berufen, daß sie infolge genügender Vorräte von Rohstoffen noch neben der Beklagten alle Abnehmer von Maßfliesen hätte befriedigen können. Denn gerade angesichts der vom Sachverständigen bekundeten Knappheit an Maßfliesen zu Ende 1913 ist nicht anzunehmen, daß etwa die Menge Rohstoffe, die die Klägerin zur Herstellung der an die Beklagte zu liefernden Maßfliesen gebraucht haben würde, von ihr nicht zu verwenden gewesen wären. Vielmehr sind die erkennenden Richter davon überzeugt, daß sie auch diese Rohstoffe durch Herstellung der damals nur in beschränkten Mengen auf den Markt kommenden Maßfliesen und durch deren anderweitigen Verkauf zu den gegenüber dem Vertragspreise höheren Preisen hätte verwerten können. Für den vorliegenden Fall schlagen deshalb die entgegenstehenden Ausführungen in OLGRspr. 23, 9ff. unter β keinesfalls ein.

Übrigens ist das Ber.-Gericht auch davon überzeugt, daß die Klägerin die in Betracht kommenden Rohstoffe anderweit und sogar mit Gewinn ver-

wendet hat. Denn es wäre geradezu unwirtschaftlich, wenn ein Kaufmann die günstige Marktlage, wie sie sich für die Klägerin bot, nicht ausgenutzt hätte."

Urteil des OLG. zu Dresden (8. Sen.) v. 11. April 1916. K. & P. w. H. 8 O. 3/16. F—ch.

---

32. Bedeutung einer Nachlieferungsabrede beim überseeischen Abladegeschäft.

Vgl. 66 Nr. 202 m. N.; 71 Nr. 32. 107. 157.
BGB. §§ 271. 459. 157.

— — — Es bedarf keiner erneuten Darlegung, daß beim reinen Abladegeschäft die Verhinderung der Abladung durch den gegenwärtigen Krieg eine Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, indem, bei der handelsüblichen Bedeutung des Abladetermins für die Eigenschaft der Ware, die Verhinderung der Abladung die wirtschaftliche Bedeutung und den Inhalt der Leistung derart berührt, daß die Bewirkung der vertragmäßigen Leistung als unmöglich zu gelten hat. Wenn der vorliegende Vertrag daher nicht die Nachlieferungsklausel enthielte, so wäre die Klägerin, und zwar auch ohne Zuhülfenahme der force majeure-Klausel, von der Lieferungsfrist wegen Unmöglichkeit frei. Zu prüfen ist daher lediglich, ob die Rechtslage eine andre deswegen ist, weil der Vertrag jene Nachlieferungsklausel enthält.

Diese Klausel lautet:

> Die Verkäufer sind berechtigt, diesen Kontrakt zu annullieren, falls die Ausführung desselben durch Krieg verhindert wird, sofern der Käufer keine den Umständen entsprechende Nachlieferungsfrist bewilligen will; das Recht, diese Nachlieferungsfrist zu beanspruchen, steht den Verkäufern ebenfalls zu.

Nach der Auslegung, die Beklagter dieser Klausel geben will, ist dadurch die (aus dem Charakter des Abladegeschäfts zu folgernde) Vertragsabsicht, daß die Ware einige Monate nach der vertraglich bestimmten Abladefrist hier abgeliefert werden sollte, für den Fall des Krieges geändert, derart, daß es für den Verkäufer keine unbillige Zumutung bedeute, die Ware bis zum Friedensschluß aufzubewahren und sie nachher zur Ablieferung zu bringen; zur Aufbewahrung der Ware sei aber der Verkäufer nicht einmal verpflichtet, denn da „fair average quality of the season", nicht „of the season 1914" verkauft sei, sei er berechtigt, nach Beendigung des Krieges Ware derjenigen Saison zu liefern, welche alsdann die laufende sei. Diese Auslegung geht fehl.

Gehandelt ist Ware der Saison 1914; das ist, da es sich um Abladung September/Oktober bzw. Oktober/November 1914 handelt, ganz selbstverständlich. Der Zusatz des Jahres zu dem Worte Saison wäre höchst überflüssig gewesen. Die Klägerin ist daher weder berechtigt noch verpflichtet, zur Erfüllung Ware der nach Kriegsbeendigung laufenden Saison zu verwenden. Daß Beklagter bei günstigen Preisen natürlich bereit wäre, auch solche Ware

als Erfüllung anzunehmen, ist für die rechtliche Beurteilung bedeutunglos. Es kann sich daher nur fragen, ob der Beklagte auf Grund der Nachlieferungsklausel auch nach Beendigung des Krieges noch Lieferung von Ware der Saison 1914 verlangen kann. Das ist zu verneinen.

Allerdings wird durch das Nachlieferungsrecht der Sinn der Abladeklausel verändert, aber nicht so, daß dadurch beim Vorliegen der angegebenen Gründe für die Ausführung des Vertrags („Krieg, Streik, Ausfuhrverbot oder irgendein anderer Fall von force majeure") die Bestimmung des Abladetermins völlig ihrer Bedeutung entkleidet würde und an Stelle der Verpflichtung zur Lieferung von Ware eines bestimmten Abladetermins geradezu eine unbeschränkte Gattungsschuld träte. Das aber wäre der Fall, wenn man die Klägerin auch jetzt noch zur Lieferung von Ware der Saison 1914 als verpflichtet erachten wollte.

Der Sinn der Bestimmung, daß der Käufer das Recht hat, eine den Umständen entsprechende Nachlieferungsfrist zu setzen, ist vielmehr bei einer unter Berücksichtigung von § 157 BGB. erfolgenden Auslegung der, daß, wenn der ursprünglich vorgesehene Abladetermin infolge jener Behinderungen vereitelt wird, dennoch der Verkäufer zur Lieferung einer späteren Abladung auf Verlangen des Käufers verpflichtet sein soll, vorausgesetzt, daß eine solche Leistung den Umständen entspricht, das heißt, ihm unter Berücksichtigung der obwaltenden Verhältnisse zugemutet werden kann. Wann das der Fall ist, kann nicht allgemein gesagt werden. Hier ist es, angesichts der langen Dauer der Verhinderung und der völlig unabsehbaren Veränderungen der Geschäftslage auf dem Waren- und Frachtenmarkt bei Beendigung des Krieges nicht der Fall.

Die Klägerin ist mithin von der Leistung frei. Die darauf gerichtete Feststellungsklage ist begründet und der Berufung war daher der Erfolg zu versagen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 30. Juni 1916. H. D. & Co. (Kl.) w. W. Bf. IV. 139/16. B.

---

33. Keine Verurteilung zu einer nachträglichen inzwischen unmöglich gewordenen Leistung.

Vgl. 49 Nr. 87 m. N.; 57 Nr. 236; 67 Nr. 74.
BGB. § 280.

Gegen die Beklagten war im Februar 1910 geklagt worden auf die Milchlieferung vom 1. Febr. 1910 bis zum 1. Febr. 1918 an die Molkerei des Klägers, zu der sie sich in einem Vertrage vom Januar 1909 verpflichtet hatten. — Sie wurden in 2. Instanz klagegemäß verurteilt; das Reichsgericht hob die Verurteilung auf, soweit sie sich auf die Zeit vom 1. Febr. 1910 bis zum 1. Juli 1915 bezog, und erklärte für diese Zeitdauer den in der Ber.-Instanz hülfsweise

gestellten Schadenersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Aus den Gründen:

„— — — Zutreffend wird die Entscheidung insoweit, als sie die Vergangenheit betrifft und die Beklagten verurteilt sind, nach Maßgabe des Vertrages an die Molkerei des Klägers für die Zeit vom 1. Febr. 1910 bis einschließlich 1. Juli 1915 täglich von drei Kühen je 5 Liter Milch zu liefern, mit der Begründung bekämpft, daß sie insoweit sich als eine unzulässige Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung darstelle. In dieser Beziehung hat das Ber.-Gericht ausgeführt: Eine offenbar unmögliche Leistung komme nicht in Betracht. Allerdings könne eine Leistung, deren objektive Unmöglichkeit feststehe, nicht zum Gegenstand einer Klage gemacht werden. Ein solcher Fall liege aber hier nicht vor. Denn zur Zeit der Klagezustellung — Ende Februar 1910 — sei das Verlangen nach Lieferung der seit dem 1. Febr. 1910 rückständigen Milch noch keineswegs unmöglich gewesen, da eine Ersatzlieferung unschwer zu bewirken gewesen wäre, wenn der Klaganspruch von dem Beklagten alsbald anerkannt worden wäre. Ob eine solche Nachlieferung jetzt noch in Frage kommen könne und wie sie auszuführen wäre, könne nur im Wege des beiderseitigen Übereinkommens zu regeln sein. Denn natürlich könnten die Beklagten im Fall der Verurteilung nicht die ganze rückständige Menge dem Kläger auf einmal anliefern. Indessen handle es sich hierbei lediglich um Fragen, deren Lösung in der Zw.-Vollstr.-Instanz versucht werden möge. Die Beklagten seien jedenfalls nicht berechtigt, im Lauf des Rechtsstreits dem Kläger die Einrede der Unmöglichkeit der Erfüllung entgegenzusetzen, wenn sie diese Unmöglichkeit selbst herbeigeführt und somit zu vertreten hätten. Denn dadurch würde die Prozeßlage des Klägers verschlechtert werden, indem dieser nunmehr gezwungen wäre, die Voraussetzungen für den Grund und die Höhe eines Schadenersatzanspruchs nachzuweisen, während es ihm sonst freistehen würde, die Erfüllung zu fordern und nach Erwirkung eines obsiegenden Urteils den für ihn bequemeren Weg des § 283 BGB. zu beschreiten (RGEntsch. 54, 31). Der Einwand der Unmöglichkeit könne deshalb hier keine Berücksichtigung finden.

In der Rechtslehre ist allerdings streitig, ob in dem Fall, daß nach Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand geklagt werden kann und eine dahingehende Verurteilung zulässig ist, oder ob die Verbindlichkeit sich in eine solche auf Schadenersatz umwandelt. Die herrschende Meinung entscheidet die Frage im letzteren Sinn. In Übereinstimmung hiermit hat der 1. Zivilsen. des Reichsgerichts in dem von dem Ber.-Gericht bezogenen Urteile (Entsch. 54, 31) entschieden, daß ein Urteil auf eine Leistung, deren Unmöglichkeit bereits feststeht, nicht zu erlassen ist; die Verurteilung der Beklagten zu dem ursprünglichen Leistungsgegenstande wurde dann auch auf die Erwägung gestützt, daß die Unmöglichkeit seiner Lei-

stung zwar von der Beklagten behauptet, von dem Kläger aber bestritten sei und noch nicht feststehe. Dabei wurde auf den besonderen Vorteil hingewiesen, der dem Kläger aus einer solchen Verurteilung im Hinblick auf § 283 BGB. erwachse. Dieser Rechtsprechung schließt sich der erkennende Senat an.

Im Unterschiede von dem damals entschiedenen Fall steht jedoch schon gegenwärtig ohne weiteres fest, daß die Verpflichtung der Beklagten, innerhalb einer gewissen Zeit täglich an die Molkerei des Klägers eine bestimmte Menge Milch zu liefern, für den bereits abgelaufenen Zeitraum in der im Vertrage vorgesehenen, dem Vertragszweck und den beiderseitigen Interessen der Parteien entsprechenden Weise nicht mehr erfüllt werden kann. Durch die Hinausschiebung der Leistung auf lange Zeit hinaus ist der Leistungsgegenstand selber verändert und hat damit die Fähigkeit, als Vertragserfüllung zu dienen, verloren. Daher ist die Leistung des ursprünglichen Vertragsgegenstandes unmöglich geworden (vgl. RGEntsch. 42, 116, in SeuffA. 54 Nr. 81). Dies ist von dem Ber.-Gericht verkannt. Deshalb unterliegt seine Entscheidung insoweit der Aufhebung. Grundsätzlich steht dem in der Ber.-Instanz hülfsweise geltend gemachten Schadenersatzanspruch bezüglich des fraglichen Zeitraums nach Lage der Sache keinerlei Bedenken entgegen. Daher war dieser Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über die Höhe dieses Anspruchs an das Gericht 1. Instanz zurückzuverweisen (§ 538 ZPO.). —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 4. Febr. 1916. Sch. u. Gen. (Bkl.) w. Kl. (OLG. Breslau). II. 378/15. Auch in Entsch. 88 Nr. 18 S. 76.

---

34. Schenkung von Todes wegen durch einen Vertrag zugunsten Dritter.

Vgl. 33 Nr. 12; 51 Nr. 113; 54 Nr. 85.
BGB. §§ 328. 331. 2301.

Der Privatmann Joseph G. in P., der mit der B.M.Bank daselbst in Geschäftsverbindung stand und ein Guthaben bei ihr hatte, hatte in einem von ihm nicht eigenhändig geschriebenen, aber unterschriebenen Briefe v. 8. Okt. 1907 die Bank ersucht, der Ehefrau Luise M., seiner Nichte, deren Aufenthalt nicht bekannt sei, 5000 ℳ gutzuschreiben und ihn für diesen Betrag zu belasten; er verlangte die Verzinsung des Betrags mit 4% und bestimmte, daß der Betrag der Frau M. oder deren Erben nach seinem Tode ausbezahlt und daß die Abrechnungen über das Konto ihm zugestellt werden sollten. Die Bank hatte diesen Antrag angenommen und in Ausführung desselben unter Belastung des Kontos des G. der Frau M. den bezeichneten Betrag auf einem für sie angelegten Konto gutgeschrieben und dem G. bis zu dessen Tode die Abrechnungen über dieses Konto zugestellt. Der Aufenthalt der Frau M. blieb unbekannt. Als Testamentsvollstrecker des G. verlangte

der Kläger mit der Klage von der Beklagten als der Rechtsnachfolgerin der genannten Bank die Ausbezahlung der 5000 *M* nebst den aufgelaufenen Zinsen. — Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Gründe des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht hat in dem zwischen G. und der Bank getroffenen Abkommen ein Versprechen der Leistung an einen Dritten im Sinne der §§ 328 ff. BGB. erblickt, durch das sich die Bank dem G. gegenüber verpflichtet hat, bei dessen Tode der Frau M. oder deren Erben 5000 *M* nebst den aufgelaufenen Zinsen zu bezahlen, und es hat weiterhin ausgeführt, daß nach dem Zweck und den Umständen des Abkommens die Frau M. oder ihre Erben mit dem Tode des G. das unmittelbare Recht erworben hätten, die versprochene Leistung zu fordern. Diese Annahme läßt keinerlei Rechtsirrtum erkennen.

Die Revision sucht zunächst die Wirksamkeit des Vertrags deshalb in Frage zu ziehen, weil die Bank kein Interesse an der versprochenen Leistung gehabt und weil es an dem Erfordernis des ‚Kausalverhältnisses' zwischen ihr und G. gefehlt habe. Dieser Einwand ist unbegründet. Allerdings liegt regelmäßig dem Versprechen der Leistung an einen Dritten das sog. Deckungsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger zugrunde. Dieses lag aber im vorliegenden Fall darin, daß die Bank im Kontokorrentverkehr mit G. stand und das Versprechen zur Tilgung ihrer hieraus sich ergebenden Verbindlichkeit abgab. Die von der Revision zur Vergleichung herangezogenen Fälle, daß ein Freund seinem Freunde das Versprechen zur Befriedigung der eigenen Gläubiger gebe und daß ein Geschäftsherr den eigenen Kassierer zur Auszahlung einer Summe an einen Dritten ermächtige, liegen durchaus anders; in derartigen Fällen entsteht keine Verbindlichkeit, weil es an einem schutzwürdigen Interesse des Gläubigers und an dem Willen rechtlicher Bindung fehlt.

Auch der Einwand, daß ein Vermächtnis des G. vorliege, greift nicht durch. Allerdings hat nach den Feststellungen G. der Frau M., die er aus Versehen in seinem Testament übergangen hatte, durch den Vertrag auf seinen Tod eine unentgeltliche Zuwendung machen wollen. Das bürgerliche Recht verbietet es aber nicht, eine solche Wirkung auf dem Wege des Versprechens im Sinn der §§ 328 ff. BGB. herbeizuführen. Auch durch Vertrag unter Lebenden können, wie bereits in RGEntsch. 80, 177 ausgesprochen worden ist, die Zwecke erreicht werden, die das Vermächtnis verfolgt. Die auf den Todesfall zugunsten Dritter geschlossenen Verträge kommen in ihrem Endziel den Vermächtnissen nahe, sie haben aber die Eigentümlichkeit, daß der Dritte unmittelbar aus dem Vertrage erwirbt, und daß sich das Zugewendete mit dem Tode des Verfügenden von seinem Nachlasse trennt und nicht zu diesem gehört.

Auf den Mangel einer gesetzlichen Form kann die Unwirksamkeit des Vertrages nicht gestützt werden. Für das Versprechen der Leistung an einen Dritten

ist im Gesetze eine Form nicht vorgeschrieben. Die Notwendigkeit einer solchen ist auch aus dem Deckungsverhältnis zwischen der Bank und G. nicht abzuleiten. Dagegen könnte in Frage kommen, ob nicht aus dem Verhältnis zwischen den Vertragsparteien zu dem begünstigten Dritten die Notwendigkeit einer Form sich ergebe. Sollte, wie im vorliegenden Fall dies zutrifft, durch den Vertrag eine Zuwendung an den Dritten bewirkt werden, und entfiel der Rechtsgrund der Zuwendung wegen Formmangels des Rechtsgeschäfts, das der Zuwendung zugrunde liegt, so könnte die Zuwendung von dem Zuwendenden nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden. Durch das von der Bank geleistete Versprechen sollte der Frau M. oder ihren Erben eine unentgeltliche Zuwendung durch G. gemacht werden. Diese Zuwendung war aber keine Schenkung unter Lebenden, weil sie erst mit dem Tode des G. und im Fall des Überlebens der Frau M. in Wirksamkeit treten sollte; die Formvorschrift des § 518 BGB. kommt daher nicht zur Anwendung. Soll aber die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen, so erwirbt der Dritte gemäß § 331 BGB. das Recht auf die Leistung mit dem Tode des Versprechensempfängers; er erwirbt es unmittelbar aus dem Vertrage als ein unentziehbares Recht auch ohne Kenntnis des Vertrags; sein Erwerb ist unabhängig von der Annahme der Zuwendung. Einer Form bedarf diese Zuwendung nicht (Hellwig Vertr. auf Leistung an Dritte 350ff.).

Hiernach haben die Frau M. oder ihre Erben mit dem Tode des G. den Anspruch an die Bank erworben. Dieser Rechtserwerb würde nur dann nicht gelten, wenn sie das aus dem Vertrage erworbene Recht zurückgewiesen (§ 333 BGB.) oder den Tod des G. nicht überlebt hätten. Eine solche Feststellung ist jedoch vom Ber.-Gericht nicht getroffen worden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 25. Febr. 1916. G. Test.-Vollstr. (Kl.) w. Deutsche Bank (OLG. Hamm). III. 368/15. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 33 S. 137.

---

35. Verpflichtung zur Abnahme, wenn der Vertrag eine jährliche Gesamtmenge festsetzt.

Vgl. 63 Nr. 6 m. N.
BGB. § 433 Abs. 2.

In dem Vertrage v. 28. Sept. 1912, durch den sich die Beklagte verpflichtete, den für ihre in Cr. liegende Fabrik erforderlichen elektrischen Strom ausschließlich von der Klägerin zu beziehen, hatte die Beklagte eine jährliche Mindestabnahme von 120000 Kilowattstunden zugesagt und sich zur Zahlung der entsprechenden Beträge verpflichtet. Über den Einfluß eines Krieges auf die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien waren besondere Bestimmungen getroffen worden. In den ersten 7 Monaten des Jahres 1914 hat die Beklagte nur 56317 kwSt. abgenommen und bezahlt; eine weitere Abnahme

von Strom ist dann wegen Stillegung des Fabrikbetriebes infolge des Krieges nicht erfolgt. Die Klägerin behauptete nun, die Beklagte hätte in den ersten 7 Monaten des Jahres 1914 entsprechend der Jahresgarantie 70000 kwSt. abnehmen müssen, habe also 13683 zu wenig abgenommen und sei danach verpflichtet, die nicht abgenommenen Stunden mit dem Vertragspreise von 5,3 ₰, zusammen mit 725,20 ℳ, zu bezahlen. Auf Bezahlung dieser Summe samt Zinsen ging ihre Klage, die in 2. Instanz abgewiesen wurde. Aus den Gründen:

„Die Beklagte hat die Haftung für eine Mindestabnahme nach dem klaren und unzweideutigen Wortlaut des Vertrages auf das Jahr übernommen. Es lag ihr danach, da die Abnahme naturgemäß wechselnd war, nicht die Verpflichtung ob, in jedem Monat 10000 kwSt., den zwölften Teil des Jahresbetrages, abzunehmen, vielmehr war ihr gestattet, den Minderbezug früherer Monate durch Mehrbezug späterer Monate auszugleichen. Ob diese Befugnis nach dem Sinn des Vertrages völlig schrankenlos war, so daß etwa die Beklagte die gesamte Menge im letzten Monat abnehmen konnte, in den früheren Monaten dagegen nichts zu beziehen brauchte, kann dahingestellt bleiben, da ein solcher besonderer Fall nicht vorliegt, die Minderabnahme in den ersten 7 Monaten des Jahres 1914 vielmehr unzweifelhaft in dem Rahmen des durch den Vertrag gewährten Spielraums liegt.

Nach dem Gesagten war die Beklagte bis zum Ausbruch des Krieges zu Anfang des Monats August 1914 nicht in Verzug mit der Abnahme von Strom gekommen. Dadurch erledigt sich der auf die bis dahin angeblich erfolgte Minderabnahme gestützte Klaganspruch. An diesem Ergebnisse wird durch die Bestimmung in § 4 Abs. 10 des Vertrages nichts geändert. Denn wenn dort gesagt ist, daß während der Zeit der durch besondere Umstände, wie Krieg, eingetretenen Behinderung in der Abnahme von elektrischem Strom die Abnahmeverpflichtung erlischt, so bezieht sich das sowohl nach dem Wortlaut wie nach dem Sinn des Vertrages auf die ganze in der Behinderungszeit abzunehmende Menge. Während der tatsächlichen Behinderung sollte die Beklagte zur Abnahme überhaupt nicht verpflichtet sein; wie das in entsprechender Weise in Abs. 7 desselben Paragraphen für die Klägerin beim Eintritt eines sie an der Lieferung von Strom hindernden Umstandes bestimmt war. Wenn die Klägerin für den Fall des Eintritts einer zeitweisen Abnahmebehinderung, wie sie hier vorliegt, eine verhältnismäßige Verrechnung der für das Jahr zugesicherten Mindestabnahme Platz greifen lassen will, so trägt sie damit etwas in den Vertrag hinein, wofür dieser keinen Anhalt bietet. War die Beklagte nach dem Vertrage befugt, den Rest der zugesicherten Mindestabnahme in den noch fehlenden fünf Monaten des Jahres abzunehmen, und stand nicht fest, daß das nicht auch tatsächlich geschehen sein würde, wenn die Behinderung nicht eingetreten wäre, so kann ihr aus der Minderabnahme der ersten sieben Monate kein vertragmäßiger Nachteil erwachsen. Hätte die von

der Klägerin verlangte Berechnung eintreten sollen, so hätte es der Aufnahme einer besonderen dies zum Ausdruck bringenden Bestimmung im Vertrage oder doch der Vereinbarung einer monatlichen Mindestabnahme von 10000 kwSt. bedurft. — — —

Aus diesen Gründen ist in Beachtung der Berufung der Beklagten die Klage abzuweisen."

Urteil des OLG. zu Dresden (9. Sen.) v. 23. Nov. 1915. S. E. L. G. w. B. & Cl. 9 O. 125/15. F—ch.

---

36. Verpflichtung des Versicherten, Gefahr erhöhende Umstände anzuzeigen.

Vgl. 27 Nr. 60; 51 Nr. 212 m. N.
VersVG. §§ 23. 25.

Nach § 7 Nr. 2 und 4 der Versicherungsbedingungen der Beklagten in Übereinstimmung mit §§ 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 VersVertrG. ist die Beklagte von der Verpflichtung zum Ersatz des der Klägerin durch den Einbruchdiebstahl am 24./25. Januar 1915 zugefügten Schadens frei, wenn ohne Einwilligung oder Gestattung der Beklagten eine Änderung in den Verhältnissen bezüglich des versicherten Gegenstandes vorgenommen oder eingetreten ist, durch welche eine Erhöhung der Gefahr bedingt ist, und die Klägerin als Versicherungnehmerin der Beklagten nicht unverzüglich nach Kenntnis davon Mitteilung gemacht hat. Nach dem § 7 Nr. 2 ist die schriftliche Erstattung der Anzeige von einer Gefahrerhöhung ausdrücklich von der Beklagten vorgeschrieben worden. In Nr. 4 des § 7 ist weiter ausgeführt, daß in Ansehung von häuslichem Mobiliar eine Gefahrerhöhung dann als vorliegend angesehen werden solle, wenn die Versicherungsräumlichkeit für eine längere Dauer als 60 Tage unbewohnt und unbeaufsichtigt gelassen wird. Dort wird der Begriff der Aufsicht dahin erläutert, daß mindestens erforderlich sei, daß die Aufsicht durch eine erwachsene Person ausgeübt werde, die sich wenigstens während der Nacht in den Versicherungsräumen aufhalte. Diesen Erfordernissen hat die Klägerin seit dem 20. Okt. 1914, also länger als 60 Tage vor dem hier in Rede stehenden Einbruch v. 24./25. Januar 1915, nicht genügt. Sie hat unstreitig das fragliche Haus von diesem Zeitpunkt an nicht bewohnt. Wenn sie ihrer Aufsichtspflicht dadurch genügt zu haben meint, daß sie und ihre erwachsene Tochter wöchentlich zwei- bis dreimal das Haus betreten und nachgesehen hätte, so ist dem nicht beizutreten. Auch die angebliche Beaufsichtigung durch die Polizei genügt nicht jenen von der Beklagten berechtigterweise aufgestellten Erfordernissen. Die Anbringung von Sicherheitsschlössern und sonstigen Vorkehrungen, welche die Klägerin vorgenommen haben will, genügen gleichfalls nicht jenen Vorschriften; die Sicherung des versicherten Gegenstandes durch Schlösser und andre Vorkehrungen entbindet den Versicherungnehmer nicht von der Ausübung der in der Polize vorgeschriebenen Beaufsichtigungspflicht.

Es ist also eine Gefahrerhöhung i. S. des § 7 Nr. 4 des Versicherungsscheins während der Dauer des Versicherungsvertrages eingetreten, über welche die Klägerin der Beklagten unverzüglich eine schriftliche Anzeige zu erstatten hatte. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 8. Juli 1916. S. (Kl.) w. Niederl. Lloyd. Bf. VI. 44/16. Nö.

---

37. Invalidenversicherung; nur die gesetzlichen Entschädigungsansprüche gegen Dritte gehen auf den Versicherungsträger über.

Vgl. 70 Nr. 194; auch 45 Nr. 268; 46 Nr. 50; 49 Nr. 41; 54 Nr. 175; 64 Nr. 226.
RVersO. §§ 1324. 1542.

Der Beklagte, ein ehemaliger Wasserbauarbeiter, der eine sog. Alarmkanone zu bedienen hatte, verunglückte im August 1913 beim Anfertigen von Patronen, es wurde ihm die linke Hand weggerissen. Er erhob außergerichtlich gegen die Gemeinde G. Entschädigungsansprüche in Höhe von 18000 M; vergleichweise bezahlte die Versicherungsgesellschaft, bei der die Gemeinde versichert war, für diese 6000 M an den Beklagten aus unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß eine Rechtspflicht zur Entschädigung nicht anerkannt werde. Die Landversicherungsanstalt Oberbayern verlangte richterliche Feststellung dahin, daß sie berechtigt sei, die sie treffende Verpflichtung zur Gewährung von Invalidenrente gegen jene Vergleichssumme aufzurechnen. Das Landgericht wies die Klage ab, davon ausgehend, daß die Bezahlung der 6000 M freiwillig erfolgt sei und daß für die Gemeinde G. keine gesetzliche Verpflichtung vorgelegen habe, den Beklagten zu entschädigen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen:

„Die von der Klägerin begehrte Aufrechnung ihrer Rentenpflicht gegenüber den dem Beklagten von dritter Seite gezahlten 6000 M ist nach § 1324 RVersO. nur dann und insoweit zulässig, als auf die Versicherungsanstalt ein Anspruch auf Entschädigung nach Maßgabe des § 1542 RVersO. übergegangen ist. Letztere Vorschrift besagt, daß ein solcher Übergang stattfindet soweit die nach der RVersO. Versicherten nach anderen gesetzlichen Vorschriften Ersatz eines Schadens beanspruchen können, der ihnen durch den fraglichen Unfall erwachsen ist. Die RVersO. setzt also hier als wesentliche Grundbedingung eines derartigen Übergangs voraus, daß der Schädiger dem Verletzten nach gesetzlicher Vorschrift zum Schadenersatz aus dem Unfall verpflichtet ist. Versteht er sich ohne das Bestehen solcher Verpflichtung zu einer Entschädigung, so greift § 1542 nicht Platz. Ebensowenig gehen die auf Vertrag beruhenden Ansprüche oder die auf Gesetz beruhenden Ansprüche, die nicht die Natur der Entschädigungsansprüche haben, auf den Versicherungsträger über;

Lehmann RVersO. Bem. 7 zu § 1542; Hagen in Zeitschr. f. Rchtspfl. in Bayern 1912, 70.

Es war daher durchaus sachgemäß, daß das Landgericht zur Hauptgrundlage

seiner Entscheidung die Untersuchung über die Frage machte, ob Beklagter in Wirklichkeit gegenüber der Gemeinde G. wegen des Unfalls nach den gesetzlichen Bestimmungen überhaupt einen Schadenersatzanspruch erworben habe. Eine frühere richterliche Feststellung über diesen Punkt liegt nicht vor; Beklagter hat nur außergerichtlich Ansprüche gegen die Gemeinde G. erhoben und es sind Vergleichsunterhandlungen geführt worden, die durch das Eintreten der Versich.-Gesellschaft beendet wurden.

Das Ber.-Gericht billigt aber auch die Ausführungen und Erwägungen des Landgerichts über die aufgeworfene Grundfrage. Die Gemeinde G. trifft kein nachweisbares Verschulden an dem Unfall, das eine gesetzliche Haftung nach Maßgabe der §§ 618. 823 BGB. begründen könnte. — — — Wenn aber die Gemeinde kein Verschulden trifft und der Beklagte daher keinen gesetzlichen Entschädigungsanspruch gegen sie erheben kann, so konnte auch ein Übergang von Ansprüchen i. S. des § 1542 RVersO. nicht statthaben und es fällt damit die Zulässigkeit einer Aufrechnung von selbst fort. — — —"

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 4. Okt. 1916. Landversf.-Anstalt Oberbayern w. F. L. 298/16. F—z.

---

38. Zulässigkeit eines Rechtsstreits zwischen den Eltern eines Kindes aus nichtiger Ehe über dessen Herausgabe vor Feststellung seines Familienstandes.

BGB. §§ 1699. 1707; ZPO. § 643.

Die Klägerin hatte mit dem Beklagten am 4. Sept. 1911 in England die Ehe geschlossen, diese Ehe wurde jedoch durch Urteil des Landgerichts zu Cöln v. 20. Nov. 1913 auf Grund des § 1328 BGB. für nichtig erklärt, weil eine frühere Ehe der Klägerin wegen ihres Ehebruchs mit dem Beklagten geschieden worden war. Aus der Ehe der Streitteile ist ein am 30. Jan. 1912 geborener Knabe hervorgegangen. Die Klägerin klagte zunächst auf Herausgabe des Kindes an sie; nachdem dann infolge einstweil. Verfügung das Kind zur Klägerin gebracht worden war, beantragte sie festzustellen, daß der Beklagte kein Recht habe, die Herausgabe des Kindes von ihr zu verlangen. Der Beklagte erhob Widerklage auf Herausgabe des Kindes an ihn. — Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage statt. In 2. Instanz wurde unter Abweisung der Widerklage dem Feststellungsantrag der Klage stattgegeben. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Klägerin hat ihren Anspruch auf Herausgabe des Kindes darauf gestützt, daß das Kind unehelich sei und sie als seine uneheliche Mutter das Recht habe, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1707 BGB.). Daß das Kind als uneheliches zu behandeln sei, begründet sie damit, daß die Ehe nichtig sei und daß die Sondervorschriften in §§ 1699 bis 1702 BGB. nicht anwendbar

seien, weil beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt hätten. Darüber, daß die Klägerin selbst die Nichtigkeit gekannt hat, besteht kein Streit unter den Parteien; das Ber.-Gericht legt insoweit seiner Entscheidung die ‚unbestrittene Behauptung' der Klägerin zugrunde. Der Streit dreht sich einerseits darum, ob die Klage in der Weise, wie sie gestellt ist, überhaupt zulässig sei, anderseits darum, ob auch der Beklagte die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt habe. Das Landgericht hatte die Klage als unzulässig angesehen und aus diesem Grunde ohne Eingehen auf die Beweisfrage abgewiesen. Das Ber.-Gericht bezeichnet die Klage als zulässig und sieht den Beweis als erbracht an, daß der Beklagte die Nichtigkeit der Ehe gekannt habe.

Die Revision macht zunächst unter Berufung auf das Urteil des Reichsgerichts in Entsch. 76, 283 geltend, daß eine Klage auf Herausgabe des Kindes unzulässig sei solange nicht in einem Verfahren nach §§ 640. 643 ZPO. durch ein für und gegen alle wirkendes Urteil der Personenstand des Kindes festgestellt sei. Der Einwand kann nicht als begründet anerkannt werden.

Die Sache liegt wesentlich anders als in dem angezogenen Fall. Über die Frage der Abstammung des Kindes besteht hier überhaupt kein Streit, sondern nur darüber, welche rechtlichen Folgen die Nichtigkeit der Ehe für das Rechtsverhältnis der Eltern zu dem Kinde nach sich ziehe. Eine gewisse Zwiespältigkeit kann sich allerdings dadurch ergeben, daß im gegenwärtigen Prozeß das Kind der Mutter zugesprochen wird, weil es als ein uneheliches zu behandeln sei, während im übrigen das Kind vorerst auf Grund der Eintragung der Geburt im Standesregister als ehelich zu gelten hätte und demnach der Vater als sein gesetzlicher Vertreter zu handeln berechtigt wäre. Aber das ist keineswegs ein Zustand, von dem sich, wie in jenem Falle, sagen ließe, er könne vom Gesetze nicht gewollt sein und nicht geduldet werden; mit Recht weist das Ber.-Urteil darauf hin, daß für gewisse Fälle der Nichtigkeit der Ehe ein ähnlicher Zustand vom Gesetz ausdrücklich angeordnet wird, indem die Sorge für die Person des Kindes der Mutter, die gesetzliche Vertretung dagegen dem Vater zusteht (§§ 1700. 1635 Abs. 1 u. 2 BGB.). Richtig ist so viel, daß die im gegenwärtigen Prozeß ergehende Entscheidung der Klägerin keine endgültigen Rechte verleihen kann, weil das Urteil im Familienstandsprozeß — der längst anhängig gemacht und bereits in die 3. Instanz gelangt ist — für und gegen alle wirkt und daher auch für die Rechte beider Elternteile von Bedeutung sein wird. Aber dieser Umstand steht der Durchführung des gegenwärtigen Prozesses nicht im Wege. Da der letztere den Rechten des Kindes in keiner Weise vorgreifen kann, so ist es auch ohne Belang, daß hier andre Prozeßregeln gelten als im Familienstandsprozeß und namentlich die dem Kinde nachteilige Behauptung der Mutter, daß sie die Nichtigkeit der Ehe gekannt habe, eine grundsätzlich andre Bedeutung hat als im Familienstandsprozeß, wo der Beweis der Behauptung verlangt werden konnte.

Alles in allem genommen, liegen im Streitfalle keine Umstände vor, die dazu nötigten, in gleicher Weise wie im Falle Entsch. 76, 283 die Klage auf Herausgabe des Kindes vor Durchführung einer Familienstandsklage für unzulässig zu erklären. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 6. Juli 1916. Fr. (Bkl.) w. St. (OLG. Braunschweig). IV. 104/16.

---

39. Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ist nach sachlichem Maßstabe zu beurteilen.

Vgl. 41 Nr. 39 m. N.; 43 Nr. 205; 44 Nr. 123.
HGB. § 377.

Die Berufung wird darauf gestützt, daß der Warenposten von 1831,15 *M* an den im Schreiben der Beklagten v. 19. Januar 1914 angegebenen Mängeln (Musterwidrigkeit und zu große Leichtigkeit) leide und daß der Vorderrichter zu Unrecht den hierauf gestützten Einwand unter Hinweis auf § 377 HGB. als verspätet zurückgewiesen habe. Der fragliche Warenposten (Korsettstoffe) wurde nach Angabe der Beklagten bestellt am 1. oder 2. Nov. 1913 und geliefert am 9. Dez. 1913. Inzwischen hatte der auf Reisen in Frankreich befindliche Inhaber der verklagten Firma, A., am 4. Nov. 1913 einen Eisenbahnunfall bei Melun erlitten, konnte erst Anfang Dezember 1913 von Frankreich nach Hamburg befördert werden und soll nach Darstellung der Beklagten erst am 15. Jan. 1914 überhaupt wieder vernehmungsfähig gewesen sein. Diese Umstände sollen nach Ansicht der Beklagten es entschuldigen, daß erst am 19. Jan. 1914 Mängelanzeige erfolgte und soll deshalb die Anwendung des § 377 Abs. 2 HGB. ausgeschlossen sein. In dem letzten Punkte kann aber der Beklagten nicht beigetreten werden. Entscheidend ist nicht, ob im Einzelfall eine Hinausschiebung einer Mängelanzeige auf Gründen beruht, die der Käufer nicht verschuldet hat, sondern entscheidend ist der Gesichtspunkt, daß der Verkäufer geschützt sein soll gegen die Nachteile, welche mit einer Verspätung einer Mängelrüge für ihn verknüpft sein können. Es ist deshalb die Frage, was der „ordnunggemäße Geschäftsgang" i. S. des Abs. 1 § 377 HGB. erfordert, lediglich nach sachlichem Maßstabe zu beantworten und sind deshalb zufällige persönliche Hinderungen, welche den Käufer zur Hinausschiebung einer Anzeige im Einzelfall veranlaßt oder auch vielleicht genötigt haben mögen, nicht zu berücksichtigen. In diesem Sinne wird auch in der Rechtsprechung der § 377 HGB. überwiegend ausgelegt und angewendet (vgl. z. B. Warneyer Jahrb. 1907, 262 zu HGB. § 377 Nr. 19). Daß nun eine Hinausschiebung der Mängelanzeige vom 9. Dez. bis zum 19. Jan. bei dem in Rede stehenden Artikel an sich dem § 377 Abs. 1 nicht entsprach, wird auch von der Beklagten nicht bezweifelt. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 7. Febr. 1916. Sch. w. O. T. Bf. I. 110/15. Nö.

40. Über die Haftung der Eisenbahn für Zugverspätung bei verderblicher Ware.

Vgl. 66 Nr. 75 m. N.; 71 Nr. 116.
HGB. §§ 456. 466.

Der Kläger verlangt von der Eisenbahn Schadenersatz, weil von 25 Zentnern lebender Fische, die sie am 23. Okt. 1913 für ihn von D. nach B. beförderte, die meisten unterwegs verendet sind. Das Eingehen der Fische ist nach seiner Behauptung darauf zurückzuführen, daß der Fischwagen, der fahrplanmäßig 11[10] Uhr von D. abging, in Z. den Anschluß an den 12[44] Uhr abgehenden Zug nach M. nicht erreichte und bis zum Abgang des nächsten Zuges 4[45] Uhr auf dem Bahnhof dort stehen blieb; statt um 2[40] Uhr ist er infolgedessen erst um 6[34] Uhr in B. eingetroffen.

Der Berufung ist zuzugeben, daß die Eisenbahn ihre Haftung für den Schaden nicht schon aus dem Grunde ablehnen kann, weil sie die Ablieferung der Sendung innerhalb der tarifmäßigen Lieferfrist bewirkt hat. Allerdings wird in der Rechtslehre und Rechtsprechung die Meinung vertreten, daß die Eisenbahn bei Einhaltung der Lieferfrist für einen durch Verzögerung des Transports entstehenden Schaden niemals einzustehen habe (vgl. insbes. OLG. Zweibrücken bei Eger 31, 234). Aber durch die Festsetzung der Lieferfristen in dem Tarif nach §§ 428. 454 HGB. und § 75 EBVerkO. ändert sich nichts an der Haftung der Bahn für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Guts in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entsteht (§§ 456. 471 HGB.). Auch die besonderen Bestimmungen des § 466 HGB. in betreff des Schadens, der durch Versäumung der Lieferfrist entsteht, schränken diese Haftung nicht ein. Der Bahn gereicht es dabei nicht einmal, wie sonst einem Frachtführer nach § 429 HGB., in allen Fällen zur Entlastung, wenn der Verlust oder die Beschädigung des Guts auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten. Nur wenn eigenes Verschulden des Verfügungsberechtigten, höhere Gewalt, äußerlich nicht erkennbare Mängel in der Verpackung, oder die natürliche Beschaffenheit des Guts für den Schaden ursächlich wurden, haftet sie nicht.

Aus ihrer Verpflichtung, auf die unbeschädigte Ablieferung des Gutes mit aller Sorgfalt hinzuwirken, folgt aber, daß sie Sachen, die ihrer natürlichen Beschaffenheit nach der Gefahr des Verderbs unterliegen, möglichst ungesäumt befördern muß;

Vgl. die Entscheidungen des Wiener Handelsgerichts und des österr. Höchsten Gerichtshofs bei Eger 28, 207; 26, 419.

Dieser Pflicht wird mit der Einhaltung der tarifmäßigen Lieferfrist nicht immer genügt. Bei Beförderung lebender Tiere haftet sie nach § 459 Nr. 5 HGB. nicht für den Schaden, welcher aus der für diese mit der Beförderung

verbundenen besonderen Gefahr entsteht; trotzdem hat sie mit aller Sorgfalt bei der Beförderung darauf Bedacht zu nehmen, daß diese Gefahr sich nicht verwirklicht, daß sie sich im besonderen nicht vergrößert. Tritt ein Schaden ein, der aus dieser Gefahr entstehen konnte, so wird vermutet, daß er daraus entstanden ist; aber dem Geschädigten steht der Nachweis offen, daß die Gefahr sich bloß infolge einer Verletzung der Sorgfaltspflicht der Bahn verwirklicht hat.

Der Bahn läßt sich indessen im vorliegenden Fall nicht vorwerfen, daß sie in der Beförderung der Fische des Klägers irgendwie säumig gewesen wäre. — — — Der Fahrdienstleiter in Z. hat richtig gehandelt, indem er den Zug nach M. fahrplanmäßig um 12^{44} abgehen ließ, ohne das Eintreffen des Eilzugs mit dem Fischwagen abzuwarten. Für diesen Zug war aus S. eine Verspätung von 15 Minuten gemeldet, sein Eintreffen in Z. war daher statt um 12^{40} erst um 12^{55} Uhr zu erwarten; er ist auch wirklich erst zu dieser Zeit in Z. angekommen. Länger als 10 Minuten sollte aber der Zug nach M. auf das Eintreffen des Eilzugs nach der Dienstvorschrift nicht warten. Durch die Überleitung des Fischwagens, die einen Zeitaufwand von etwa 10 weiteren Minuten erfordert hätte, würde der Zug eine so große Verspätung bekommen haben, wie der Fahrdienstleiter sie mit gutem Grund unter diesen Umständen für nicht angängig halten konnte. Die Beförderung der Fische ist demnach keineswegs von der Eisenbahn in unnötiger Weise verzögert worden.

Der Kläger glaubt seinen Entschädigungsanspruch auch darauf stützen zu können, daß ihm bei der Aufgabe der Sendung von dem annehmenden Beamten die Zusicherung erteilt worden sei, der Fischwagen werde in Z. „direkten Anschluß" finden, wenn er ihn unter Erlegung der dafür zu entrichtenden besonderen Gebühr telegraphisch vormelden lasse. Auf diese Auskunft durfte sich aber der Kläger verständiger Weise nicht in dem Sinn verlassen, daß der Fischwagen selbst bei Eintritt einer erheblichen Zugverspätung in Z. ohne jeden Aufenthalt weiter befördert werden würde. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob die Eisenbahn dem Kläger für die Folgen einer unrichtigen Auskunft- oder Raterteilung von seiten des Annahmebeamten einzustehen hätte. Eine Zusicherung, daß auf die telegraphische Vormeldung hin in Z. unter allen Umständen mit der Ablassung der Anschlußzüge bis zum Eintreffen des Fischwagens gewartet werden würde, hätte in Widerspruch gestanden mit den Vorschriften der EVVerkO. und wäre daher schon aus diesem Grunde nach § 471 Abs. 2 Satz 2 HGB. ungültig gewesen.

Urteil des OLG. zu Colmar (3. Sen.) v. 30. Okt. 1916. B. w. R. III U. 44/16. V.

II. Verfahren.

41. Die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Ansprüche gegen den Fiskus wegen Verschuldens von Staatsbeamten beschränkt sich nach preuß. Recht auf Verschulden auf öffentlichrechtlichem Gebiet.

Vgl. 45 Nr. 214; 48 Nr. 154.
GVG. § 70 Abs. 3; preuß. AusfG. § 39[2]: ZPO. § 547[2].

Der Kläger war am Abend des 9. April 1913 im Geschäftsgebäude des Landgerichts in Essen, als er eine Klageschrift in den Briefkasten einwerfen wollte, von einer nicht beleuchteten Treppe gefallen und dabei verletzt worden. Er nahm den Justizfiskus auf Schadenersatz in Anspruch. In 2. Instanz war ihm dieser Anspruch zu $^1/_4$ als begründet zugesprochen worden, wogegen der Beklagte Revision einlegte, der sich der Kläger anschloß. Die Revision wurde als unzulässig verworfen und die Anschließung für wirkungslos erklärt. — In den Gründen des Rev.-Urteils wird zunächst ausgeführt, daß die Rev.-Summe nicht vorliege, und dann fortgefahren:

„— — — Es bleibt also nur noch zu prüfen, ob, wie die Revisionsbegründungs-Schrift geltend macht, im vorliegenden Fall ein Anspruch vorliege, für welchen das Landgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig ist (§ 547 Nr. 2 ZPO.). In dieser Hinsicht kann lediglich die Vorschrift des § 70 Abs. 3 GVG. in Verbindung mit § 39 preuß. AusfG. z. GVG. in Frage kommen. Dieser bestimmt in Nr. 2, daß die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes für die Ansprüche gegen den Landesfiskus wegen Verschuldung von Staatsbeamten zuständig sind.

Wie der erkennende Senat bereits in der Entscheidung v. 29. April 1901, VI. 59/01 (JW. 1901, 294[1]) ausgesprochen hat, stehen die Nr. 2 und 3 des § 39 AusfG. z. GVG. in einem engen und organischen Zusammenhange, so daß es sich bei der in Nr. 2 erwähnten ‚Verschuldung von Staatsbeamten' um ein solches schuldhaftes Tun des Staatsbeamten handelt, das mit seiner amtlichen Tätigkeit in unmittelbarem Zusammenhange steht, also entweder eine Überschreitung seiner amtlichen Befugnisse oder eine pflichtwidrige Unterlassung von Amtshandlungen darstellt, mithin das Gebiet seiner öffentlichrechtlichen Tätigkeit betrifft. Ist dagegen der Beamte nur auf privatrechtlichem Gebiete als Vertreter des Fiskus tätig, so entfällt die Anwendung der Nr. 2 genau so, wie sie nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts in allen den Fällen als unanwendbar bezeichnet worden ist, in denen es sich nur um die privatrechtlichen Beziehungen des Fiskus zu dritten Personen handelte.

Vgl. RGEntsch. 18, 166; 29, 420, in SeuffA. 48 Nr. 154; 40, 398; 50, 396; JW. 1887, 92[1]; 1889, 478[1]; 1896, 300[1].

Es gelten hier die Sätze, die der erkennende Senat bereits in dem Urteil v. 26. Nov. 1908, VI 654/07 (SeuffBl. 74, 384) in einem andern Zusammenhang und nach einer andern Richtung hin ausgesprochen hat. Wie dort, so handelt es sich auch hier nicht um einen von dem Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügten Schaden, sondern vielmehr um die allgemeine Fürsorgepflicht, die der Fiskus, wie jede Privatperson, anzuwenden hat, wenn er in einem Gebäude einen allgemeinen Verkehr eröffnet, oder wenn er ein seiner Verfügungsmacht unterliegendes Grundstück für einen Gemeingebrauch durch das Publikum eingerichtet hat und unterhält. Im gleichen Sinn hat auch der 3. ZS. des RG. in dem Urteil v. 23. Jan. 1912 (Entsch. 78, 325, insbes. 329. 330) unter Hinweis auf das Urteil des erkennenden Senats vom 22. Mai 1905 (DJZ. 1905 Sp. 699 Nr. 59) hervorgehoben, daß der Staat nach den Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs als Eigentümer eines Gerichtsgebäudes wegen eines durch die schlechte Beschaffenheit einer Einrichtung verursachten Schadens nach den Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs haftet, wobei es sich aber nicht um einen von dem Beamten lediglich in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügten Schaden handelt.

Zu dem gleichen Ergebnis würde man übrigens auch gelangen, wenn man annimmt, es liege hier ein eigenes Verschulden des verklagten Fiskus vor; denn daß auf solche Fälle der § 39 Nr. 2 preuß. AusfG. z. GVG. keine Anwendung findet, steht in der Praxis des Reichsgerichts fest (vgl. Entsch. 42, 415; JW. 1901, 394[1]).

Hiernach muß also, da die Vorschriften des § 70 Abs. 3 GVG. in Verbindung mit § 39 Nr. 2 preuß. AusfG. z. GVG. und somit auch die des § 547 Nr. 2 ZPO. im vorliegenden Falle nicht Platz greifen, die Revision des Beklagten als unzulässig verworfen werden, was gleichzeitig die Wirkunglosigkeit der (unselbständigen) Anschlußrevision des Klägers zur Folge hat. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 13. Jan. 1916. Preuß. Justizfiskus (Bkl.) w. M. (OLG. Hamm). VI. 361/15.

---

42. Eine Ungebührsstrafe kann nur der Richter verhängen, der die Sitzungspolizei ausgeübt hat*; Haftstrafe nicht über drei Tage**.

*Vgl. 48 Nr. 130. — **Vgl. 50 Nr. 203; 52 Nr. 187.

GVG. § 179.

Der Beschwerdeführer wurde am 13. Sept. 1916 in einer Strafsache als Zeuge vernommen von dem mit der Wahrnehmung des Termins beauftragten Referendar. Das Protokoll über die Vernehmung des Zeugen schließt mit den Worten: „eine Bestrafung des Zeugen wegen Ungebühr bleibt vorbehalten". Über die Vorgänge, welche den Anlaß zu dieser Bemerkung gegeben haben, enthält das Protokoll nichts, vielmehr hat der Referendar an den aufsicht-

führenden Richter über die Vorgänge schriftlich berichtet, woraufhin der Richter den angefochtenen Beschluß erlassen hat, durch den der Beschwerdeführer in eine Geldstrafe von 25 ℳ oder 5 Tage Haft genommen ist.

Dieser Beschluß entspricht schon insofern nicht dem Gesetz, als er über die im § 179 GVG. neben Geldstrafe nur zugelassene Haftstrafe von 3 Tagen hinausgeht. Der Beschluß entspricht aber auch vollen Umfangs deshalb nicht dem Gesetz, weil er von einem Richter erlassen ist, der in dem Termin, in welchem die Ungebühr begangen sein soll, nicht die Sitzungspolizei ausgeübt hat. Nach § 184 GVG. ist der Beschluß des Gerichts und dessen Veranlassung in das Protokoll aufzunehmen. Das beweist, daß nur der amtierende Richter, hier also der Referendar, die Strafe verhängen konnte, wozu er auch gemäß § 5 des hamburg. AusfG. z. GVG. befugt war.

Es war daher der angefochtene Beschluß als in einem dem Gesetze nicht entsprechenden Verfahren erlassen aufzuheben.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (Strafsen.) v. 13. Okt. 1916. Bs. St. 150/16. B.

---

43. Erstattung der Kosten eines zweiten Prozeßbevollmächtigten, wenn der Vertreter des zum Heeresdienste eingezogenen ersten wegen persönlicher Beziehungen zum Gegner die Vertretung abgelehnt hat.

Vgl. 50 Nr. 44. 45; 52 Nr. 49; und 65 Nr. 225 m. N.
ZPO. § 91 Abs. 2.

Die Klägerinnen sind zunächst durch den Justizrat H. als Prozeßbevollmächtigten vertreten gewesen. Bei Kriegsbeginn wurde dieser zum Heeresdienst eingezogen; sein Stellvertreter Rechtsanwalt B. lehnte es wegen persönlicher Beziehungen zu dem Beklagten ab, die Klägerinnen in dem Prozeß weiter zu vertreten. Darauf bestellten diese im Oktober 1914 den Justizrat Fl. an Stelle des Justizrats H. zu ihrem Prozeßbevollmächtigten. Gegen den in die Kosten des Rechtsstreits verurteilten Beklagten beantragten die Klägerinnen die Festsetzung der ihnen zu erstattenden Kosten des Justizrats Fl. und, als diesem Gesuch stattgegeben war, nachträglich auch noch die Festsetzung der ihnen erwachsenen Kosten des Justizrats H. in Höhe von 108,65 ℳ nebst 1,70 ℳ Gesuchskosten. Auch diesem Antrage ist stattgegeben; nur sind die Kosten dieses nachträglichen Festsetzungsverfahrens den Klägerinnen selbst auferlegt.

Der Beklagte hat gegen den zweiten Festsetzungsbeschluß Erinnerung eingelegt und geltend gemacht, daß ein Wechsel in der Person des Prozeßbevollmächtigten nicht notwendig gewesen wäre, weil die Bestellung eines anderen Vertreters möglich gewesen wäre. Das Landgericht hat die Erinnerung zurückgewiesen, mit der Begründung, daß dem Justizrat H. kein Vorwurf daraus gemacht werden könnte, wenn er bei der Auswahl seines

allgemeinen Stellvertreters auf dessen Behinderung an der Vertretung in der vorliegenden Prozeßsache keine Rücksicht genommen hätte, und daß auch der Nachweis der Unmöglichkeit der Bestellung eines besonderen Vertreters von dem Prozeßbevollmächtigten nicht verlangt werden könnte. Hiergegen hat der Beklagte sofortige Beschwerde eingelegt.

Nach § 91 Abs. 2 ZPO. sind die Kosten mehrerer Rechtsanwälte nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte. Vorliegendenfalls übersteigen sie die Kosten eines Rechtsanwalts um den Betrag von 108 ℳ, denn Prozeßgebühr, Verhandlungsgebühr, Beweisgebühr und Auslagen-Pauschsatz wären nur einmal entstanden, wenn Justizrat H. Prozeßbevollmächtigter der Klägerinnen geblieben wäre. Lediglich die von ihm liquidierten Auslagen von 0,65 ℳ für die Zustellung der Klage sind nicht noch ein zweites Mal entstanden. Diesen Betrag von 0,65 ℳ muß der Beklagte also unbedingt ersetzen und insoweit ist seine Beschwerde ohne weiteres unbegründet. Bezüglich der obigen 108 ℳ hängt seine Erstattungspflicht davon ab, ob der Wechsel in der Person des Anwalts der Klägerinnen notwendig war, d. h. von den Klägerinnen nicht vermieden werden konnte.

Diese Frage ist zu bejahen. Denn der Justizrat H. war infolge seiner Einziehung zum Heeresdienst an der Ausübung seines Berufs verhindert und der Rechtsanwalt B., welchem er seine Stellvertretung gemäß § 25 RAO. übertragen hatte, hatte den Klägerinnen erklärt, daß er wegen seiner persönlichen Beziehungen zu dem Beklagten nicht in der Lage sei, für sie den Prozeß weiterzuführen. Ob den Justizrat H. hieran eine Schuld trifft, ob er insbesondere bei der Auswahl seines allgemeinen Stellvertreters Rücksicht darauf hätte nehmen müssen, daß Rechtsanwalt B. verhindert war, als Prozeßbevollmächtigter gegen den Beklagten aufzutreten, ferner ob solche Verhinderung des Rechtsanwalts tatsächlich bestand und ob er nicht wenigstens für die mündliche Verhandlung und die Beweisaufnahme einem andern Rechtsanwalt die Vertretung der Klägerinnen gemäß § 27 RAO. hätte übertragen können, alles dies ist für den Erstattungsanspruch der Klägerinnen gegen den Beklagten gleichgültig. Es genügt, daß der Stellvertreter des Justizrats H. sich geweigert hatte, die Klägerinnen in dieser Prozeßsache zu vertreten. Infolgedessen blieb diesen nichts andres übrig, als sich an einen andern Anwalt zu wenden. Möglich ist es vielleicht, daß den Klägerinnen infolge der von dem Stellvertreter des Justizrats H. ausgesprochenen Weigerung zur Fortführung des Mandats ein Schadenersatzanspruch gegen den Justizrat H. wegen der ihnen hierdurch entstandenen Mehrkosten erwachsen ist. Aber hierüber könnte nur in einem gegen den Anwalt selbst anzustrengenden Prozesse entschieden werden, und die Klägerinnen haben es nicht nötig, sich von dem ihnen zur Kostenerstattung verpflichteten Beklagten auf den immerhin zweifelhaften Ausgang eines solchen Prozesses verweisen zu lassen. Das einzige, was

der Beklagte verlangen kann, ist, daß ihm die Klägerinnen gegen Erstattung der fraglichen Mehrkosten ihre etwaigen Ansprüche gegen den Rechtsanwalt Justizrat H. aus der angeblich unmotivierten Kündigung ihres Auftrages in Höhe des Betrages jener Kosten abtreten, damit es ihm ermöglicht wird, diese Ansprüche gegen den genannten Anwalt selbst zu verfolgen;

vgl. RG. in SeuffA. 52 Nr. 49; Gaupp-Stein ZPO.[11] § 91 Note 164; Willenbücher Kostenfestf.[7], 45.

Mit dieser Maßgabe war der Kostenfestsetzungsbeschluß v. 14. Okt. 1916 aufrechtzuerhalten und die Beschwerde des Beklagten zurückzuweisen. Die Kosten der Beschwerde müssen dem Beklagten auferlegt werden, weil die Klägerinnen auf Verlangen gewiß zu jeder Zeit bereit gewesen wären, ihm jene etwaigen Ersatzansprüche gegen Empfang der fraglichen Kosten abzutreten, in dem wesentlichen Punkte aber, ob der Beklagte ihnen die Erstattung dieser Kosten unbedingt verweigern darf, die Beschwerde erfolglos geblieben ist.

Beschluß des OLG. zu Frankfurt a. M. (3. Sen.) v. 16. Nov. 1916. 3 W. 86/16. Cr.

---

44. Der Beweisbeschluß muß die zu beweisenden Tatsachen genau bezeichnen.

Vgl. 47 Nr. 149; 55 Nr. 101.
ZPO. § 359.

Der Beweisbeschluß des ersuchenden Gerichts entspricht nicht der Vorschrift des § 359 ZPO. Der in Hamburg wohnhafte Zeuge soll über die Behauptungen der Parteien in den Schriftsätzen v. 16. Aug. und 23. Sept. 1916 vernommen werden. Diese beiden Schriftsätze enthalten aber nicht nur die streitigen (erheblichen) Behauptungen der Parteien, sondern auch solche Behauptungen, die entweder nicht streitig sind oder sich doch nicht auf Dinge beziehen, die Gegenstand der Wahrnehmung des Zeugen geworden sind. Es ist nicht Sache des ersuchten Richters, aus den bezeichneten Schriftsätzen den Stoff auszuwählen, den er gemäß der vermutlichen Auffassung des ersuchenden Gerichts als geeignet erachtet, zum Gegenstande der Beweisaufnahme zu werden. Es hätten zum mindesten diejenigen Teile der Schriftsätze, über welche die Vernehmung zu erfolgen hatte, bezeichnet werden müssen. So verlangt es auch die von der Beschwerdeführerin angezogene Erläuterung Steins zu § 359 ZPO.

Die Rechtshülfe ist daher mit Recht abgelehnt worden.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 26. Okt. 1916. H. w. L. Bs. VI. 91/16. Nö.

I. Bürgerliches Recht.

45. Eine Höchstpreisverordnung ist kein Verbotsgesetz.

Vgl. oben Nr. 26 (anders).

BGB. §§ 134. 138; Ges. v. 4. Aug. (17. Dez.) 1914, 21. Jan. 1915.

Der Reichsmilitärfiskus (Kläger) hatte am 5. Febr. 1915 vom Beklagten 4000 Ztr. Kartoffeln zum Preise von 2,90 ℳ gekauft, während der Höchstpreis 2,50 bis 2,75 ℳ betrug. Der Beklagte trat später vom Vertrage zurück, indem er u. a. geltend machte, daß der Verkauf wegen Überschreitung der Höchstpreise nichtig sei. Der Kläger forderte Schadenersatz wegen Nichterfüllung; er bestritt, daß der Höchstpreis überschritten sei und daß eine Überschreitung des Höchstpreises den Kauf nichtig machen würde. — In 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Das Kammergericht nimmt zu Unrecht an, daß eine Überschreitung der Höchstpreise den Kauf nichtig mache. Allerdings ist die Überschreitung der Höchstpreise durch Gesetz mit Strafe bedroht und somit verboten. Verkäufe, in denen die Höchstpreise überschritten werden, fallen demnach unter den § 134 BGB. Sie sind nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein andres ergibt.

Das Gesetz, um das es sich handelt, ist das Gesetz betr. Höchstpreise v. 4. August 1914 in der Fassung v. 17. Dez. 1914 nebst der Änderung vom 21. Januar 1915 (RGBl. 1914, 339. 516 und 1915, 25). Diese Vorschriften sind zwar Rechtsnormen und deswegen Gesetze i. S. des Bürgerl. Gesetzbuchs; sie unterscheiden sich aber von den meisten Gesetzen dadurch, daß sie nicht auf die Verwirklichung eines Rechtsgedankens, sondern ganz unmittelbar auf einen wirtschaftlichen Zweck abzielen. Deswegen muß bei ihrem Verständnis und bei ihrer Anwendung vor allem der wirtschaftliche Zweck berücksichtigt werden.

Es soll aber durch das Gesetz und die Festsetzung der Höchstpreise nicht nur der negative Erfolg erreicht werden, daß keine Waren zu höheren als den festgesetzten Höchstpreisen verkauft werden — womit nichts gebessert wäre —, sondern der positive Erfolg, daß die verfügbaren Vorräte an Gegenständen des täglichen Bedarfs, besonders an notwendigen Nahrungsmitteln dem Volke zu Preisen zugeführt werden, welche die festgesetzte Grenze nicht überschreiten. Das ergibt sich aus der Natur der Sache und aus dem Gesamtinhalt des Gesetzes. Seine wesentlichen Vorschriften bestimmen erstens (§§ 2—4), daß die Behörden die Waren den Besitzern, insbesondere im Fall

der Widersetzlichkeit, fortnehmen und für deren Rechnung zum Höchstpreise verkaufen dürfen; zweitens, daß die Überschreitung der Höchstpreise und sonstige Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz bestraft werden. Durch beides zusammen soll also ein starker Druck und, wenn nötig, ein Zwang, innerhalb der Höchstpreise zu verkaufen, ausgeübt werden. Das ist der Inhalt und Zweck des Gesetzes und hiermit ist es nicht vereinbar, geschehene Verkäufe wegen Überschreitung der Höchstpreise als nichtig zu behandeln. Dadurch würde die Verteilung der nötigen Nahrungsmittel nicht befördert, sondern entgegen dem offenbaren Zweck des Gesetzes zunächst einmal gehemmt werden, indem die Käufer, die, sei es für eigenen Bedarf, sei es zum weiteren Vertriebe gekauft hatten, nun garnichts erhalten würden. Es ergibt sich also aus dem Inhalt und Zweck des Gesetzes, daß die verbotwidrige Überschreitung der Höchstpreise nicht die im § 134 BGB. für den Zweifelsfall bestimmte Folge der Nichtigkeit der Verkäufe nach sich ziehen kann. Soll, wie das Gesetz es offenbar will, positiv darauf hingewirkt werden, daß die verfügbaren Vorräte gegen Preise, die sich innerhalb der gesetzten Grenze halten, in den Verkehr kommen, so müssen vielmehr die unter Überschreitung dieser Grenze geschlossenen Verkäufe aufrechterhalten und nur die Preise auf das erlaubte Maß herabgesetzt werden. Dies hat die Wirkung, daß die Ware in den Verkehr gebracht und nicht mehr, als für erschwinglich erachtet, dafür bezahlt wird. Nur diese Herabsetzung der Preise, nicht die Nichtigkeit der Verkäufe, ist also die aus dem Inhalt und Zweck des Gesetzes sich ergebende Folge der verbotwidrigen Überschreitung der Höchstpreise. Sie muß gemäß dem Grundsatze des § 134 eintreten.

Was hiergegen in der Literatur geltend gemacht wird, ist nicht durchschlagend. Es ist nicht zwingend, daß die Herabsetzung der Preise deswegen nicht zulässig sei, weil sie auf einen Zwang, zu kontrahieren, hinauslaufe, den das Gesetz nur in Ausnahmefällen kenne. Die Vorschriften der §§ 2ff. geben allerdings nur den Behörden das Recht, dem Besitzer die Ware abzunehmen oder ihn zum Verkauf zu zwingen. Daraus folgt aber nicht, daß, wenn ein Besitzer verkauft h a t, der Preis nicht auf das zulässige Maß herabgesetzt werden könnte. Es wird hiermit gegen den Besitzer der Grundgedanke des Gesetzes, daß jeder seine verfügbaren Vorräte innerhalb der festgesetzten Preisgrenze verkaufen soll, in andrer Weise geltend gemacht. Es ist wirtschaftlich und auch rechtlich etwas Verschiedenes, ob jemand zu einer Veräußerung seines Eigentums gezwungen wird, oder ob in einem geschlossenen Veräußerungsvertrage bestimmte Abreden, weil wider das allgemeine Interesse verstoßend, unter Aufrechterhaltung des Vertrags im übrigen getilgt werden. Dies ist keineswegs ohne Vorgang in der Gesetzgebung. Es gilt vielmehr bei verschiedenen Vertragsarten in bezug auf Abreden, die für den wirtschaftlich schwächeren Teil bedrücklich sind, so z. B. für die Konkurrenzklausel der Handlungsgehülfen (HGB. § 74), ferner in dem in der Literatur

bereits angeführten Fall des § 624 BGB. Auch auf den § 724 BGB. ist hinzuweisen. Gehören Vorschriften dieser Art, die entgegen dem Grundsatz des § 139 BGB. einzelne Vertragsabreden unwirksam machen, den Vertrag im übrigen aber aufrechterhalten, zum dauernden Bestande der Rechtsordnung, so können sie in einem wirtschaftlichen Notgesetze, das für begrenzte Zeit scharf in die wirtschaftliche Freiheit eingreift, kein Bedenken erregen.

Gegen den erörterten Einwurf spricht auch die Verordnung betr. die Wirkung der Überschreitung der Höchstpreise v. 11. Nov. 1915 (RGBl., 758). Diese Verordnung ist allerdings auf den Streitfall nicht anwendbar, weil sie sich nur auf die Ernte von 1915 und die für diese Ernte festgesetzten Höchstpreise bezieht. Allein sie bestimmt für die Ernte von 1915 in § 1 Satz 2, daß bei gewissen Verkäufen, wenn sie unter Überschreitung der Höchstpreise abgeschlossen sind, der Höchstpreis an die Stelle des Vertragspreises treten soll. Die nähere Bedeutung dieses Satzes zu untersuchen, besteht kein Grund. Hier kommt es nur darauf an, daß eine spätere, zu derselben Materie gehörige Verordnung in der Tat die Ermäßigung des vereinbarten Preises auf den Höchstpreis bei Aufrechterhaltung des Vertrages vorsieht. Dies zeigt, daß theoretisch-konstruktive Bedenken solche Anordnung nicht ausschließen. Darüber hinaus zeigt aber diese Verordnung, daß die seit Erlaß des Gesetzes gemachten Erfahrungen dahin führen, die in den Fällen der Überschreitung der Höchstpreise entstehenden Schwierigkeiten durch Herabsetzung der Vertragspreise auf das vom Gesetze erlaubte Maß zu regeln. Sie bietet also eine Bestätigung des hier ausgesprochenen Grundsatzes, daß solche Herabsetzung der Preise, nicht aber die Nichtigkeit der Verträge die dem Gesetze gemäße Folge der Überschreitung der Höchstpreise ist.

Aus § 134 BGB. kann also die Nichtigkeit der unter Überschreitung der Höchstpreise geschlossenen Käufe nicht abgeleitet werden.

Nun wird allerdings von dem Beklagten und auch in der Literatur geltend gemacht, daß es auf den § 134 nicht ankomme, weil jeder unter Überschreitung der Höchstpreise geschlossene Verkauf schon wegen Verstoßes wider die guten Sitten nach § 138 BGB. nichtig sei. Dies ist aber unbegründet. Nicht jedes Rechtsgeschäft, das wider ein gesetzliches Verbot verstößt, ist deswegen auch schon sittenwidrig. Andernfalls wäre der § 134 gegenstandlos. Es muß vielmehr in jedem Fall geprüft werden, ob das verbotwidrige Geschäft nach Meinung aller billig und gerecht Denkenden, sei es wegen des Verstoßes gegen die gesetzliche Ordnung, sei es auch hiervon abgesehen, verwerflich war. Das ist für Käufe über dem Höchstpreise, bei denen Unkenntnis der festgesetzten Preise, Meinungsverschiedenheit über deren Berechnung und mannigfaltige andre Gründe die Vertragschließenden gegen den Vorwurf sittenwidrigen Handelns schützen können, keineswegs ohne weiteres anzunehmen. Im Streitfall sind Tatumstände, die das Geschäft als sittenwidrig kennzeichnen, nicht behauptet, und sie liegen auch ersichtlich nicht vor.

Darnach ist also der streitige Vertrag auf alle Fälle gültig. Ob in ihm die Höchstpreise überschritten sind, kann dahingestellt bleiben; denn, wenn es der Fall sein sollte, so würde daraus nur die Herabsetzung der Preise auf das erlaubte Maß folgen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 19. Mai 1916. RMilFiskus (Kl.) w. v. B. (KG. Berlin). II. 100/16. Auch in Entsch. d. RG. Bd. 88 Nr. 62 S. 250.

---

46. Beim Cif-Geschäft sind Art und Weise der Beförderung wesentlich.

Vgl. 37 Nr. 137; 60 Nr. 228; 71 Nr. 32.
BGB. §§ 269. 447.

Die Beklagte hatte der Klägerin am 17. Juli 1914 „ungefähr 50 Tonnen China Antimon Crudum, je 25 Tonnen August- und September-Verschiffung, netto Kasse gegen Dokumente bei Ankunft des Dampfers, cif Hamburg/Havre /London, cif Neuyork mit üblichem Aufschlag" verkauft. Sie lehnte die Erfüllung dieses Vertrages wegen Unmöglichkeit infolge des Krieges ab und verharrte bei ihrer Ablehnung auch der am 15. Okt. 1914 ergangenen Aufforderung gegenüber, die Ware unmittelbar nach Neuyork zu verladen. — Die Klägerin forderte nunmehr Schadenersatz wegen Nichterfüllung und klagte zunächst auf Zahlung von 4200 *M*. Sie wurde damit abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Bestimmung darüber, wie und wohin die gekaufte Ware zu versenden sei, steht regelmäßig dem Käufer zu. Auch wird diesem die Berechtigung nicht versagt werden können, die über die Versendung erteilte Anweisung vor deren Ausführung abzuändern, wofern dem Verkäufer dadurch nicht erhebliche Schwierigkeiten zugemutet werden. Anders aber steht es in dieser Beziehung bei einem Kaufgeschäft mit der Cif-Bestimmung. Man kann nicht allgemein sagen, daß hier nur der Unterschied bestehe, daß der Verkäufer Beförderungs- und Versicherungskosten zu tragen habe und daher diese Aufwendungen einfach auf den Kaufpreis aufschlage, so daß, wenn der Käufer eine vom Vertrage abweichende Beförderung wünsche, nur der etwaige Kostenmehrbetrag in Rechnung gestellt werden könne. Das Cif-Geschäft hat sich vielmehr zu einem Kauf besonderer Art herausgebildet, bei dem die Beförderung und Versicherung des Kaufgegenstandes nicht mehr Nebenleistungen sind, sondern gleich der Ware selbst einen wesentlichen Bestandteil des Geschäfts ausmachen. Cif-Lieferungen nach bestimmten Plätzen sind zu besonders gearteten Leistungen geworden. Es hat sich ein eigener Cif-Marktpreis gebildet. Gewisse Handelshäuser unterhalten nur einen bestimmten Cif-Verkehr und halten sich von andern Verbindungen fern. Vielfach haben sie sich auf den besonderen, von ihnen gepflegten Cif-Verkehr besonders eingerichtet, mit den in Betracht kommenden Verfrachtern lang-

fristige Verträge abgeschlossen, sich dementsprechende Rabatte gesichert und dergleichen mehr. Wird daher bei einem Cif-Geschäft Beförderungsart und Weg genau vorgeschrieben, so kann der Käufer im Zweifel nicht als berechtigt gelten, dem Verkäufer eine andre Beförderung unter Angebot des Ersatzes der Mehrkosten vorzuschreiben.

Daher ist auch im vorliegenden Fall die Klägerin an die Einhaltung der im Vertrage enthaltenen Bestimmung über den Beförderungsweg gebunden. Daß aber diese Bestimmung für den Fall der Versendung nach Neuyork eine Umladung in Europa vorsieht, kann nicht wohl bezweifelt werden. Dabei mag es dahingestellt bleiben, ob solche Umladung auch mit andern Dampfern als solchen der Hamburg-Amerika-Linie zu beschaffen war. Die Hauptsache war, daß die Umladung erfordert worden ist. Diese Tatsache ergibt sich aus den Worten „mit üblichem Aufschlage" und wird auch durch das Gutachten des Sachverständigen bestätigt. Erwägt man, daß nach dem Gutachten die Kosten direkter Verladung nach Amerika in ihrem Verhältnisse zu denen einer indirekten Verladung schwanken, so wird man das Recht des Verkäufers, auf der vertraglichen Vorschrift zu bestehen, als um so begründeter erachten.

Eines Beweises der Tatsache, daß im August und September 1914 eine Verschiffung von Antimon Crudum für Rechnung eines deutschen Abladers an einen deutschen Empfänger von China nach Europa unmöglich war, bedarf es nicht. Der Verkäufer und Ablader hatte seine vertragliche Pflicht nicht schon dadurch erfüllt, daß er die Ware für den Käufer an Bord eines Schiffes brachte, sondern es mußte sich um eine Verschiffung handeln, die an sich zur Erreichung ihres natürlichen Ziels, d. h. der Verbringung der Ware an ihren Bestimmungsort geeignet war. Eine solche Verschiffung war im August und September nicht mehr auszuführen. Deutsche Schiffe unterlagen der Gefahr der Aufbringung durch feindliche Kriegsschiffe; und wenn selbst neutrale Fahrzeuge das Metall zur Beförderung angenommen hätten, so lag es auf der Hand, daß eine Überlieferung derartigen Gutes an den deutschen Empfänger vereitelt werden mußte. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 10. Febr. 1916. A. w. S., G. & Co. Bf. VI. 296/15. Die Revision wurde zurückgewiesen, II. 169/16 v. 27. Juni 1916. Nö.

---

47. Bei langfristigen Abrufverträgen braucht der Verkäufer nicht die ganze Menge schon zu Beginn auf Lager zu halten.

Vgl. 71 Nr. 157 m. N.
BGB. §§ 323. 275.

Die Beklagte hatte sich mit Schreiben v. 30. April 1914 verpflichtet, der Klägerin auf Abruf bis Ende 1914 rund 2500 kg flüssigen Fleischextrakt zum Preise von 3,10 *M* für das kg, frei Hamburg, gegen Kasse innerhalb 30 Tagen

zu liefern. Es waren der Klägerin am 30. Juni 1914 80 kg geliefert worden; am 17. Okt. 1914 rief sie weitere 10 Kanister (zu je 100 kg) ab. Die Beklagte antwortete am 19. Okt., sie könne den Auftrag vorläufig nicht ausführen, da der Krieg sie in Ansehung der Ware unvorbereitet getroffen habe und selbst schwimmende Ware nicht eingetroffen sei; sie sei aber jetzt bemüht, Fleischextrakt über neutrale Häfen einzuführen. Mit Schreiben v. 23. Okt. 1914 ersuchte dann die Klägerin um sofortige Zusendung weiterer 1000 kg und rief endlich am 7. Dez. 1914 auch den Rest ab. Die Beklagte verweigerte die Lieferung. Klägerin erhob Klage und beantragte die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 2000 ℳ Schadenersatz wegen unterbliebener Lieferung von 2000 kg. Die Beklagte berief sich darauf, daß die Lieferung infolge des Krieges für sie unmöglich geworden sei. Die Klägerin bestritt die behauptete Unmöglichkeit, indem sie insbesondere geltend machte, daß sie noch am 26. Nov. 1914 von einer Firma in Amsterdam 100 l. flüssigen Fleischextrakt von annähernd gleicher Güte erhalten habe. — Die Klage wurde vom Ber.-Gericht abgewiesen. Aus den Gründen:

„Verkauft war flüssiger Fleischextrakt von bestimmter Beschaffenheit, wie ihn die Klägerin bereits früher von der Beklagten erhalten hatte, und zwar insgesamt rund 2500 kg auf Abruf bis Ende 1914, wovon 80 kg am 30. Juni 1914 geliefert und 2420 kg bei Kriegsausbruch noch nicht geliefert waren. Unstreitig handelte es sich um eine Ware, welche nicht im Inlande hergestellt, sondern in Original-Kanister aus dem Auslande, meist über London und Antwerpen, eingeführt wurde. Solche Ware war aber, wie der Sachverständige Fl. überzeugend dargelegt hat, schon unmittelbar nach dem Ausbruch des Krieges und während der folgenden Monate mindestens bis Ende 1914 in den in Betracht kommenden Mengen weder im Inlande zu erhalten, noch über neutrale Länder aus dem Auslande zu beziehen. Aus Antwerpen konnte die Ware zu der in Frage kommenden Zeit — bald nach der Einnahme — noch nicht bezogen werden; erst im Februar 1915 gelang es, Lieferungen von dort zu erhalten. — — — Steht hiernach, ohne daß es auf weitere Begutachtung oder die Vernehmung von Zeugen ankommt, für die Überzeugung des Gerichts fest, daß die Beklagte infolge des Krieges die Vertragsware zur Zeit des Abrufs in den erforderlichen Mengen auf keine Weise von dritter Seite erhalten konnte, so ist sie von der Verpflichtung zur Leistung wegen nachträglich eingetretener Unmöglichkeit frei geworden, falls nicht etwa der Umstand, daß sie sich zur Zeit des Kriegsausbruchs nicht im Besitze der verkauften Ware befand, von ihr zu vertreten ist. Diese letztere Voraussetzung liegt aber nicht vor.

Die Beklagte war nicht verpflichtet, das ganze im April 1914 der Klägerin auf allmähliche Abnahme bis Ende des Jahres verkaufte Quantum alsbald auf Lager zu nehmen und dort zur Verfügung der Klägerin zu halten, sondern sie hatte nur Vorsorge zu treffen, daß die Ware, die in ruhigen Zeiten

innerhalb weniger Tage aus dem Auslande angeliefert werden konnte, zu ihrer Verfügung stand, sobald sie von der Klägerin abgerufen wurde. In dieser Beziehung ist aber von der Beklagten alles Erforderliche geschehen, denn sie hat sich, wie die Beweisaufnahme ergeben hat, zur Erfüllung ihrer laufenden Verträge vollauf eingedeckt, und lediglich der Ausbruch des Krieges hat es bewirkt, daß die Ware nicht mehr im Inlande eingetroffen ist. Auch darin ist die Klägerin im Unrecht, daß sie einen Vorwurf gegen die Beklagte daraus ableitet, daß diese die 610 kg Vertragsware, welche sie beim Ausbruche des Krieges auf Lager hatte, nicht ihr auf den vorliegenden Kontrakt geliefert hat. Denn die Zeugen haben glaubwürdig bekundet, daß jene Lagerware bereits vor dem 17. Okt. 1914, dem Tage des Abrufs der Klägerin, im regelmäßigen Geschäftsbetriebe an andre Kunden der Beklagten auf Grund von Verträgen geliefert worden ist, die schon vor dem Kriegsausbruche geschlossen waren, und die Klägerin hatte, zumal nur ein verhältnismäßig kleines Quantum in Frage stand, kein Recht, zu verlangen, daß die Ware ganz oder teilweise für sie zurückbehalten werde.

Erweist sich hiernach der Anspruch der Klägerin auf Ersatz des ihr durch die Nichtlieferung entstandenen Schadens als unbegründet, so mußte die Klage, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, abgewiesen werden. — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 17. Okt. 1916. Sch. (Kl.) w. Gl. Bf. III. 62/16. B.

---

48. Forderungsübertragung unter aufschiebender Bedingung; Unwirksamkeit, wenn der Abtretende noch als Selbstberechtigter auftreten darf.

Vgl. 59 Nr. 100 m. N.
BGB. §§ 398. 158.

Die Eheleute E. hatten am 15. Dez. 1911 mit dem Kaufmann St. eine Vereinbarung getroffen, wornach sie zur Sicherung für ein am 12. März 1912 fälliges Akzept von 1500 ℳ die am 1. März 1912 fällig werdenden Mietzinsen ihrer zwei Häuser abtraten. Am 1. Okt. 1912 trat der Ehemann E. zahlunghalber die seit 1. Okt. 1912 fälligen und künftig noch fällig werdenden Mietzinsen der beiden Anwesen an den Beklagten ab. Im Juni 1913 wurden die Anwesen zum Zweck der Zw.-Verwaltung beschlagnahmt. Der Zwangsverwalter hinterlegte von den Mieten für die Zeit vom 1. April bis 1. Okt. 1913 einen Betrag von 3031 ℳ bei der Filialbank M. Der Kläger verlangte hiervon 1500 ℳ mit Zinsen seit 9. August 1913 mit der Behauptung, der dem St. begebene Wechsel sei wiederholt verlängert worden, zum letztenmal am 7. Mai 1913 für den 7. August 1913, und es sei hierbei die Mietzinsabtretung immer erneuert worden; St. habe die Wechsel, insbesondere den letzten, an den Kaufmann G. unter Abtretung der Rechte aus der Mietzinsabtretung weiterbegeben und G. habe ihm, den Kläger, im Februar 1914

Inkassomandat erteilt; der Wechsel sei zwar eingeklagt, aber noch nicht eingelöst. Der Beklagte verweigerte die Zustimmung zur Ausbezahlung der verlangten Beträge, indem er für sich bessere Rechte in Anspruch nahm. Das Landgericht gab der Klage statt, während in 2. Instanz die Klage abgewiesen wurde. Aus den Gründen:

„— — — Für die Behauptung, daß ein Scheingeschäft vorliege, wäre der Beklagte beweispflichtig; einen Beweis hat er aber in dieser Richtung nicht versucht. Es ist übrigens nach dem Zweck der Vereinbarung und der ganzen Sachlage ein Scheingeschäft ausgeschlossen, denn St. wollte von Anfang an für seine Forderung eine Sicherung in Gestalt des Zugriffs auf die Mietzinsen. Die zu diesem Zweck getroffene Vereinbarung, die man als Sicherungsabtretung gewollt hat, hat jedoch zur sofortigen wirksamen Forderungsübertragung nicht geführt. Die Tatsache, daß der Gesamtbetrag der Mietzinsen bedeutend höher war als die zu sichernde Forderung würde allerdings der Rechtswirksamkeit der Abtretung nicht entgegenstehen, da in einem solchen Fall der Überschuß nur auflösend bedingt abgetreten ist (SeuffA. 60 Nr. 98; Enneccerus B. R. 6/8 1 § 302 Anm. 1). Die Unwirksamkeit ergibt sich jedoch aus folgenden Gründen.

In der Vereinbarung ist bestimmt, daß St. sich verpflichtet, von der Mietzinsabtretung die Mieter zunächst nicht zu verständigen. Es ist weiter die Bestimmung getroffen, daß, wenn der Wechsel am Verfalltag nicht eingelöst wird oder die Rechte des St. sonstwie als gefährdet erscheinen, St. berechtigt ist, selbst oder durch einen Vertreter die Mietzinsen einkassieren zu lassen. E. war also bis zu diesem Zeitpunkt nach wie vor berechtigt, die Mietzinsen im eigenen Namen und für sich einzukassieren. Beide Klauseln widersprechen dem Wesen der Abtretung. Wenn es auch bei der Sicherungsabtretung möglich und vielfach üblich ist, daß der Abtretende ermächtigt wird, die Forderung einzuziehen, so muß dem Drittschuldner gegenüber doch der Zessionar als Gläubiger erkennbar auftreten wollen. Die Forderungsabtretung als dingliche Vermögensverschiebung verträgt nicht, daß der Zedent dem Drittschuldner gegenüber nach wie vor als Selbstberechtigter auftritt und auftreten will (LeipzZ. 1914, 1899). Auch die Unkenntnis, die nach § 407 BGB. erforderlich war, damit sie mit befreiender Wirkung an den Zedenten zahlen konnten, sollte den Drittschuldnern zunächst nicht genommen werden. Eine derartige Bestimmung macht die Abtretung ebenfalls ungültig (RGEntsch. 37, 106; LeipzZ. 1916, 1006).

Die Unwirksamkeit der Abtretung ist indes keine völlige, denn die schriftliche Vereinbarung v. 15. Dez. 1911 läßt nicht die Deutung zu, daß die Mietzinsforderungen in keiner Weise auf den Gläubiger übergehen, vielmehr bei den Eheleuten E. verbleiben sollten. Dem widerspricht, daß ein Rentenverzeichnis übergeben worden ist, daß die Anwesensbesitzer sich verpflichtet haben, St. von einer Beschlagnahme der Mietzinsen sofort zu verständigen

und daß St. bei Nichteinlösung des Wechsels oder der Gefährdung der Rechte selbst berechtigt sein sollte, die Mieten einzuziehen. Die Vereinbarung v. 15. Dez. 1911, die nach dem Beweisergebnis bei den Verlängerungen des Wechsels immer erneuert worden ist und zur Begründung des Klaganspruchs verwertet wird, kann daher nach ihrem Wortlaut und dem gesamten Verhalten der Beteiligten nur dahin gedeutet werden, daß die Eheleute E. zunächst im unbeschränkten Genuß der Mietzinsen verbleiben und diese kraft eigenen Rechts einziehen sollten und daß die schuldrechtlich festgelegte Rechtsübertragung erst bei Gefährdung der Rechte aus dem Wechsel oder bei Nichteinlösung des Wechsels wirksam werden sollte.

Der letzte Wechsel ist am 7. August 1913 fällig geworden und nicht eingelöst worden. An diesem Tage ist daher die Bedingung für die Forderungsübertragung, deren Grundlage die Vereinbarung vom 15. Dez. 1911 und die bei der Verlängerung des Wechsels vorgenommene Erneuerung der Sicherungsabtretung bildete, eingetreten und damit die Übertragung rechtswirksam geworden (§ 158 Abs. 1 BGB.).

Diese Forderungsabtretung steht aber der des Beklagten, dem am 1. Okt. 1912 die laufenden und künftigen Mietzinsen abgetreten worden sind, im Range nach, da das Gericht nach dem Sachverhalt überzeugt ist, daß der Beklagte von der Abtretung der Mietzinsen an St. in Anbetracht der Höhe seiner Forderungen keine Kenntnis gehabt hat. Diese Nichtkenntnis ist jedenfalls bis zum Beweis des Gegenteils, welcher Beweis vom Kläger nicht angetreten worden ist, anzunehmen (§ 161 Abs. 3 BGB.).

Das mit der Klage beanspruchte Vorrecht ist daher nicht begründet; es war demgemäß die Klage abzuweisen."

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 18. Okt. 1916. S. w. A. L. 333/16.

F—z.

---

49. Bier und Mineralwasserflaschen und Tragkasten gelten als mitverkauft, wenn sie nicht in angemessener Zeit zurückgegeben werden.

Vgl. 55 Nr. 88 m. N.; 62 Nr. 224 m. N.; 66 Nr. 66.
BGB. § 448; HGB. § 380.

Die Beklagte hatte im September 1912 von der Klägerin Mineralwasser in Flaschen zur Weiterveräußerung bezogen. Die ihr hierüber ausgestellte Rechnung v. 27. Sept. 1912 lautete auf einen den Preis für die Tragkasten und Flaschen mit enthaltenden Betrag bei einem Ziel von drei Monaten, mit dem weiteren Vermerk der Klägerin: „Tragkasten und leere Flaschen bleiben mein Eigentum und werden bei frachtfreier Rücksendung zum berechneten Preise zurückgenommen". Erst nachdem ihr von der Klägerin ein Zahlungsbefehl über 1622,50 ℳ v. 17. März 1914, gegen den sie Widerspruch erhob, zugegangen war, schickte die Beklagte Ende März 1914 eine Anzahl Kasten

und Flaschen im Preise von 1273,25 *M* an die Klägerin zurück. Diese verlangte Zahlung des Restes von 349,25 M. nebst 5% Zinsen seit dem 13. Mai 1914, weil die Flaschen nicht innerhalb der angemessenen Frist von einem Jahre zurückgegeben seien. — In 2. Instanz wurde die Beklagte verurteilt. Aus den Gründen:

„— — — Nach der Verkehrssitte pflegt der Verkäufer die Gefäße, in denen er die verkaufte Ware liefert, dem Käufer käuflich zu überlassen, wenn sie ihm nicht in bestimmter Frist in brauchbarem Zustande zurückgeliefert werden. Man schließt gewöhnlich einen auflösend oder aufschiebend bedingten Kauf ab. Ein solcher Vertrag liegt auch hier vor. Die Klägerin hat in der Rechnung v. 27. Sept. 1912 der Beklagten das Angebot gemacht, die Tragkasten und Flaschen zu den dafür angesetzten Preisen zu kaufen, sie hat aber sich bereit erklärt, sie bei frachtfreier Rücksendung zum berechneten Preise zurückzunehmen. Dieses Recht der Rückgabe kann jedoch die Beklagte nach Treu und Glauben nicht zeitlich unbeschränkt ausüben. Sie ist dazu, wenn auch keine bestimmte Frist festgesetzt ist, nur innerhalb angemessener Frist berechtigt. Die Klägerin verlangt in vollem Umfange den Preis der noch nicht zurückgegebenen Kasten und Flaschen mit Recht, weil die Beklagte die als angemessen zu bezeichnende Frist zur Rückgabe nicht eingehalten hat. Diese kann demgegenüber für sich das Recht der Rückgabe nicht mehr in Anspruch nehmen. Wenn ihr auch nach dem Willen der Parteien eine längere Frist zur Rückgabe der Gefäße zugestanden haben mag, weil bei deren Bemessung ihrer Abhängigkeit von ihrer Kundschaft Rechnung getragen werden mußte, so ist doch anzunehmen, daß, als die Klägerin mit dem der Beklagten am 19. März 1914 zugestellten Zahlungsbefehl v. 17. dess. Mon. den Preis für die Gefäße forderte, die Beklagte ohne Rücksicht darauf, ob sie sie damals bereits von der Kundschaft zurückerhalten hatte, zur Bezahlung des Preises verpflichtet war. Die letzte Lieferung war schon am 27. Sept. 1912 erfolgt. Bei dieser Sachlage kann es nicht angemessen erscheinen, die Rückgabefrist der Beklagten zu ihren Gunsten über den 19. März 1914 hinaus zu bestimmen, da bis dahin sogar seit der letzten Lieferung fast 1⅔ Jahre verstrichen waren. Der Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der noch nicht zurückgesendeten Flaschen ist also wegen Leistungsverzugs der Beklagten begründet.

Vgl. Staub HGB. Anm. 6 zu § 380. Ferner OLGRspr. 16, 123 ff., wo ausgeführt wird, daß es nach dem eingeholten Gutachten der Billigkeit entspreche, die Rückgabe von nur geliehenen Mineralwasserflaschen in angemessener Zeit zu bewirken; eine pünktliche Handhabung sei bei dem Handel mit Mineralwasser notwendig, da ein bedeutendes Kapital in den Flaschen stecke, das sonst zu lange brach liege; die befristete Rückgabe und die Ersatzpflicht bei Verzögerung beruhe demnach auf Handelsbrauch.

Die von der Beklagten geteilte Ansicht der vorigen Instanz, daß der Vermerk auf der Rechnung v. 27. Sept. 1912 „Tragkasten und leere Flaschen bleiben mein Eigentum ꝛc." auf eine Leihe der Flaschen hinweise, ist nicht

zwingend. Der Kauf über diese ist zu dem Zeitpunkte zustande gekommen, wo die angemessene Frist zur Rückgabe seit der Lieferung verstrichen war, ohne daß inzwischen die Flaschen zurückgegeben waren. Der den Eigentumsvorbehalt enthaltende Vermerk auf der Rechnung bezieht sich nur auf die Zeit nach der Lieferung, wo das Zustandekommen des Kaufs noch in der Schwebe ist, die Frist zur Rückgabe noch läuft und hinsichtlich der Flaschen noch ein Leih- oder Mietverhältnis besteht. Wollte man aber lediglich einen Leihvertrag annehmen, so würden auf ihn die Grundsätze, wie sie in dem angeführten Urteil in OLGRspr. 16, 123 entwickelt sind, anzuwenden sein, und wäre die Beklagte darnach auch wegen verzögerter Rückgabe der Flaschen zur Bezahlung des Preises verpflichtet, weil auch dann anzunehmen wäre, daß die Parteien in ihrem Vertragsverhältnis von den gleichen Grundsätzen ausgegangen seien wie sie nach dem in dem Urteil hervorgehobenen Handelsgebrauch bestehen. Der Vernehmung eines Sachverständigen über die einschlagenden Fragen bedarf es nicht, da sich das Gericht auf Grund der vorliegenden tatsächlichen Unterlagen selbst ein Urteil bilden kann und sich gebildet hat. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (4. Sen.) v. 12. Okt. 1915. W. w. J. 4 O. 115/15. F—ch.

---

50. Einfluß der Festsetzung einer Polizeistunde auf die Pacht einer Nachtwirtschaft.

Vgl. 71 Nr. 6.
BGB. §§ 542. 581.

Der Kläger hatte durch Vertrag v. 17. Januar 1912 die Räume im Erdgeschoß seines Hauses in Nürnberg dem Beklagten zum Betriebe einer Weinwirtschaft und den 3. Stock als Wohnung gegen eine jährliche Vergütung von 14000 M für die Zeit vom 1. Februar 1912 bis zum 1. Januar 1917 überlassen. Die Wirtschaft wurde als sog. Nachtlokal betrieben und hatte Verlängerung der Polizeistunde an drei Tagen der Woche bis 2 Uhr, an vier Tagen bis 5 Uhr morgens. Nach Beginn des Krieges wurde die Polizeistunde allgemein, nicht bloß für diese Wirtschaft, auf 12 Uhr festgesetzt und damit der Nachtbetrieb zum großen Teil unmöglich gemacht. Die Beklagten kündigten daher im September 1914 das Vertragsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist. Der Kläger bestritt die Rechtmäßigkeit der Kündigung und verlangte die Bezahlung der am 1. Oktober 1914 fälligen Vergütung. Die Beklagten beriefen sich auf § 13 des Vertrages und § 542 BGB., hülfsweise beanspruchten sie Ermäßigung der Vergütung nach § 537 BGB. — Die 1. Instanz wies die Klage ab. In der Ber.-Instanz wurde nach dem Klagantrage erkannt; in der Rev.-Instanz wurde das 1. Urteil wiederhergestellt. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht stellt fest: Der Kläger habe in den Räumen des Erdgeschosses eine Restauration und eine Bar betrieben, der Barbetrieb sei schon unter seiner Leitung im wesentlichen ein Nachtbetrieb gewesen, dessen Haupteinnahmen bei geringem Tagesbetrieb in der Zeit von 11 Uhr nachts an eingegangen seien, und habe unter Ausdehnung auf alle Räume des Erdgeschosses nach dem Vertrage v. 17. Januar 1912 in der gleichen Weise weiter betrieben werden sollen. Die Räume mit Einrichtung seien nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien zum Betriebe einer Nachtwirtschaft vermietet, und es sei insbesondere auch die nur für einen derartigen Betrieb angemessene hohe Vergütung vereinbart worden. Gleichwohl wird die Kündigung nach § 542 BGB. für unbegründet erklärt, weil der Kläger die Räume in einem zum Betriebe einer Nachtwirtschaft geeigneten Zustand übergeben und erhalten, jede Störung unterlassen, eine Gewähr dafür aber, daß die Polizeibehörde den Betrieb in der bisherigen Weise bis 2 und 5 Uhr morgens gestatte, nicht übernommen habe. Auch § 537 BGB. soll nicht anwendbar sein, weil die Festsetzung der Polizeistunde auf 12 Uhr allgemein und wegen des Krieges, nicht wegen der Beschaffenheit der Räume oder wegen der örtlichen Lage erfolgt sei, also nicht ein Fehler der Sache vorliege, eine Zusicherung aber nicht erteilt worden sei.

Diese Ausführungen stehen, soweit § 537 BGB. in Frage kommt, im Widerspruch mit den Grundsätzen, die der erkennende Senat in dem Urteil v. 9. Nov. 1915, III. 145/15 (Entsch. 87, 278) ausgesprochen hat, und die gleichen Erwägungen führen hier zur Anwendung des § 542 in Verbindung mit § 581 BGB.

Der Verpächter ist verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte während der Pachtzeit zu gewähren. Waren, wie sich aus den Feststellungen des Ber.-Gerichts ergibt, die Wirtschaftsräume für den Nachtbetrieb bestimmt und nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien unter Vereinbarung einer dieser Art des Betriebes entsprechenden hohen Vergütung zu einem solchen Betriebe verpachtet worden, dann bestand der vertragmäßige Gebrauch (§ 542 BGB.) in der Benutzung als Nachtwirtschaft, und es handelte sich nicht nur um den tatsächlichen Umfang des Fruchtbezuges, für den der Verpächter nicht haftet, sondern um die Möglichkeit der Fruchtziehung durch den Pachtgegenstand, wenn durch die Festsetzung der Polizeistunde auf 12 Uhr der Nachtbetrieb, wenn nicht unmöglich gemacht, so doch in einer Weise beeinträchtigt wurde, daß man von einem Nachtbetrieb in dem gewöhnlichen Sinn und auch im Sinn des Vertrages nicht mehr sprechen kann. Wenn auch die Zeit von 11 bis 12 Uhr für den Nachtbetrieb freiblieb, so war er doch in der Hauptsache unmöglich geworden, und man darf auch davon ausgehen, daß Personen, die solche Wirtschaften nach 11 Uhr aufzusuchen pflegen, von einem Besuch absehen, wenn sie wissen, daß der Betrieb schon um 12 Uhr geschlossen werden

muß. Die Festsetzung der Polizeistunde auf 12 Uhr traf daher auch nicht nur die Person des Pächters (§ 552 BGB.), sondern den Pachtgegenstand selbst in seiner Eigenschaft als Nachtwirtschaft. Damit war, wenn auch ohne Verschulden des Verpächters, der vertragmäßige Gebrauch des Pachtgegenstandes, mindestens zum großen Teil, dem Pächter entzogen, und die Kündigung, deren Grund eine Fristsetzung überflüssig machte, nach §§ 542. 581 BGB. wirksam. — — — Es muß daher die Klage abgewiesen werden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 15. Febr. 1916. B. (Bkl.) w. R. (OLG. Nürnberg). III. 333/15. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 23 S. 97.

---

51. Bedeutung des Gewähr (Garantie)-Versprechens.

Vgl. 69 Nr. 6 m. N.; 71 Nr. 233. sowie die folgende Nr.
BGB. §§ 765. 157.

Die Klägerin hatte Bedenken getragen, einem Dritten Waren zu liefern, sich aber hierzu entschlossen, als der Beklagte ihr erklärte, er sei jetzt an dem Geschäft des Dritten beteiligt, habe ihm 50000 ℳ in das Geschäft gegeben und ihm außerdem einen Bankkredit eröffnet, er übernehme die volle Garantie für alle Waren, welche der Dritte bei der Klägerin kaufen werde, sie würde infolge seiner Beteiligung niemals irgendetwas bei der Geschäftsverbindung mit dem Dritten verlieren. Nachdem der Dritte zahlungsunfähig geworden war, verlangte die Klägerin den Preis der dem Dritten gelieferten Waren von dem Beklagten. — Das Landgericht wies die Klage ab; in 2. Instanz wurde der Beklagte aber zur Zahlung verurteilt. Aus den Gründen:

„Die Besprechungen der Parteien, bei welchen von der Garantieübernahme des Beklagten die Rede war, hatten den Zweck, die Klägerin trotz ihrer Bedenken zu bestimmen, weiter an den Dritten Waren auf Kredit zu liefern. Wenn sich der Beklagte bei solcher Gelegenheit zur Übernahme voller Garantie bereit erklärte, so können allerdings trotz des Gebrauchs des Wortes „Garantie" Bedenken bestehen, ob hiermit nicht bloß die Übernahme einer Bürgschaft erklärt werden sollte. Der Beklagte hat aber der Versicherung seiner vollen Garantie noch die Worte hinzugefügt, daß die Klägerin niemals etwas bei dem Geschäft mit dem Dritten infolge seiner Beteiligung verlieren werde. Dieser Zusatz gibt der Garantieerklärung gerade die rechtliche Bedeutung, welche der Vorderrichter vermißt. Denn im Zusammenhange mit dieser, die ersten Worte ergänzenden und erläuternden Äußerung liegt in der Garantieerklärung des Beklagten die der Klägerin erklärte und von ihr angenommene Willenserklärung, die Gefahr des geschäftlichen Unternehmens zu übernehmen, zu welchem der Beklagte die Klägerin durch seine Erklärung bestimmen wollte und bestimmt hat."

Urteil des OLG. zu Frankfurt a. M. (2. Sen.) v. 20. Nov. 1916. M. w. S. 2 U. 38/16. Ka.

52. Bürgschaft und Gewährvertrag erfordern nicht eine Ungewißheit der Inanspruchnahme.

Vgl. die vorige Nr. — BGB. § 765.

Der klagende Bankverein übernahm durch Vertrag v. 6. Sept. 1912 mit Rechten und Verbindlichkeiten das Vermögen der in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Kommanditgesellschaft B.er Kreditbank; aus bestimmten Vermögensteilen sollte eine Rücklage von 115000 ℳ gebildet werden zur Ausgleichung etwaiger Verluste auf ausstehende Forderungen, und in § 7 des Vertrages übernahmen mehrere Personen, darunter die Beklagten, der Klägerin gegenüber die selbstschuldnerische Bürgschaft, jeder in Höhe eines bestimmten Betrages. Der Kläger nahm nun mit der Klage wegen erlittener Ausfälle den Beklagten L. auf Zahlung von 17250 ℳ und Zinsen, die Beklagte R. auf Zahlung von 34500 ℳ und Zinsen in Anspruch, wozu sie auch in allen Instanzen für schuldig erkannt wurden. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die in § 7 von den „Bürgen" eingegangene Verpflichtung stellt sich in Wahrheit rechtlich nicht als Bürgschaft, sondern als Gewährübernahme (Garantievertrag) dar. Die Bürgen stehen dafür ein, daß die Kreditbank nicht mehr als die buchmäßigen Schulden besitzt, daß der Kläger nicht aus von der Kreditbank übernommenen Bürgschaften in Anspruch genommen wird, daß eine hypothekarische Darlehnsforderung voll eingehen wird, und daß alle Außenstände zu ihrem Nennwert eingehen. Es wird mithin von den sog. Bürgen nicht eine fremde Schuld sondern ein Erfolg verbürgt; es wird nicht eine Zahlung an Stelle des Schuldners, sondern eine Gefahr etwaigen Verlustes übernommen, der dem Kläger erwachsen könnte. Das stellt im Gegensatze zur Bürgschaft den rechtlichen Tatbestand des Gewährvertrages dar (RGEntsch. 61 S. 157; 72 S. 138; Warneyer 1909 Nr. 87; 1913 Nr. 9; 1915 Nr. 262). Für die Rechtsgültigkeit der gegenüber dem Kläger von den „Bürgen" übernommenen Verpflichtungen begründet dies keinen Unterschied. — — —

Die Revision meint, daß, wenn von vornherein feststand, daß die Ausstände nicht eingehen und die Rücklage zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht hinreichen würde, eine Bürgschaft für den Eingang nach dem Wesen der Bürgschaft undenkbar sei. Der Vertrag selbst ergebe, daß mit der Einziehbarkeit gerechnet wurde, und der Kläger habe, wenn er nicht arglistig handeln wollte, die Bürgen darüber aufklären müssen, daß jenes nicht der Fall sei. Ein Bürgschaftsvertrag liegt indessen, wie bereits ausgesprochen wurde, überhaupt nicht vor. Insoweit jedoch die Voraussetzungen des Bürgschafts- und des Gewährvertrages die gleichen sind und bei beiden mit einem möglichen Verlust in der Zukunft für den Gläubiger gerechnet wird, ist es nicht zutreffend, daß die Bürgschafts- oder Gewährverpflichtung wegen inneren Widerspruchs hinfällig werde, wenn der Verlust als sicher erwartet

werde. Auch das Ber.-Urteil hat einen ähnlichen Satz in dem Komm. von RGRäten zum BGB. vorgetragen gefunden, daß nämlich die Ungewißheit über die Inanspruchnahme des Bürgen Begriffsmerkmal der Bürgschaft und diese deshalb nichtig sei, wenn die Inanspruchnahme des Bürgen von vornherein als sicher feststehe. Allein an der vom Ber.-Gericht angezogenen Stelle jenes Kommentars ist nur ausgeführt, daß, wo die Hauptschuld bereits getilgt oder die Erfüllung bereits unmöglich geworden oder bei der Ausfallsbürgschaft der Ausfall bereits erfolgt ist, für eine Bürgschaftsverpflichtung kein Raum mehr ist. Das liegt in der Tat in der Natur der Bürgschaft. Aber nur die Tatsache der Vergangenheit, nicht eine, wenn auch sichere Erwartung in der Zukunft schließt die Bürgschaft aus, und dasselbe gilt für den Garantievertrag. Im gegebenen Falle ist nach der Behauptung der Beklagten die Sachlage die, daß die Rücklage der 115000 *M* voraussichtlich schon durch Einen der unsicheren Ausstände aufgezehrt werden mußte, so daß die Inanspruchnahme der „Bürgen" für den Kläger allerdings bereits beim Vertragsabschluß so gut wie feststand. Das macht jedoch den Vertrag nicht widerspruchvoll und nicht ungültig; die gleiche Sachlage wird bei einem großen Bruchteil aller Sicherungsverträge vorliegen. Eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Zukunftsaussichten für die „Bürgen" diesen gegenüber hatte der Kläger nicht; er durfte nur nicht auf Täuschung berechnete unrichtige Versicherungen geben und mußte auf etwaige Rückfragen der Bürgen, soweit er Auskunft zu geben sich bereit zeigte, auch wahrheitgemäße Auskunft geben. Ohne Rechtsirrtum erachtet das Ber.-Gericht eine arglistige Täuschung der Beklagten durch den Kläger schon durch die dem Vertrage zugrunde liegende und in ihm zum Ausdruck gekommene Sachlage für widerlegt. Durch die Vermögensübernahme sollte die Kreditbank vor dem Konkurse bewahrt werden; der Kläger, der das Vermögen der mit Verlust arbeitenden Kreditbank übernahm, wollte selbstverständlich den Fehlbetrag nicht mit eigenem Vermögen decken; er mußte Sicherheiten suchen und mußte auch annehmen, daß, wer diese zu leisten sich bereit erklärte, mit der Gefahr bekannt war, die er übernahm. Die „Bürgen" waren der Gesellschaft und deren Vertretern und Kommanditisten nahestehende Personen, und aus dem zahlenmäßigen Verhältnis der Gesamtsumme der Gewährverpflichtungen zu dem Betrage der Rücklage ergab sich, daß mit der Möglichkeit eines großen Ausfalls gerechnet wurde. Von jedem, der eine Bürgschaft oder eine Gewährverpflichtung hinsichtlich fremder Schuld übernimmt, muß vorausgesetzt werden, daß er die Gefahr, die er übernimmt, sich überlegt; die Unterlagen für diese Prüfung gibt der Vertrag in seinem Zusammmenhange selbst.

Die Revisionen der Beklagten waren hiernach als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 15. Mai 1916. L. u. G. (Bkl.) w. B.er Bankverein (OLG. Hamburg). VI. 84/16.

53. Warnung eines Kaufliebhabers; Verstoß gegen die guten Sitten?

Vgl. 59 Nr. 103; 69 Nr. 240 m. N.; 71 Nr. 164. 251.
BGB. §§ 824. 826. 138.

Wie der Sachverständige in überzeugender Weise darlegt, ist das früher der Klägerin gehörige Grundstück mit Trockenfäule behaftet und befand es sich in diesem Zustand schon zu der Zeit, als die Klägerin es im Jahre 1913 zu verkaufen suchte. Durch diese Trockenfäule, die sich zwar voraussichtlich durch Vornahme mehr oder weniger umfänglicher Arbeiten beseitigen läßt, wurde der Wert des Grundstücks wesentlich beeinträchtigt. Die Allgemeinheit pflegt zwischen Trockenfäule („trockenem Schwamm") und echtem Hausschwamm nicht zu unterscheiden; sie vermag das im einzelnen Falle meist auch garnicht, da die Unterscheidung oft selbst für den Fachmann schwierig ist; sie bezeichnet im gewöhnlichen Leben sowohl die Trockenfäule als auch den echten Hausschwamm als Schwamm. Die Behaftung eines Grundstücks mit Schwamm gilt als ein wesentlicher Mangel, der den Käufer, der in Unkenntnis davon ein Grundstück kaufte, zur Wandelung berechtigt. Es entspricht daher dem Interesse eines Kauflustigen, wenn er von dritter Seite vor dem Ankauf eines Grundstücks gewarnt wird, „weil der Schwamm drin sei", denn er wird dadurch vor unliebsamen Weiterungen und Streitigkeiten, unter Umständen auch vor Vermögensverlusten bewahrt.

Daß in dem B.schen Grundstück der Schwamm sei, war in Z. allgemein bekannt. Wenn daher die Beklagten die Eheleute K., als diese von ihrer Kaufabsicht sprachen, davor warnten, weil darin der Schwamm sei, handelten sie in einem wohlbegründeten Interesse der Eheleute K. und verstießen nicht gegen die guten Sitten, mochten sie auch zugleich den Zweck verfolgen, K. dadurch zum Kauf ihres Grundstücks geneigt zu machen, und mochten sie sich auch bewußt sein, daß der Klägerin durch das Scheitern des Verkaufs ihres Grundstücks an K. ein Schaden erwüchse. Zwar kann auch — das scheint das Landgericht zu verkennen — durch die Behauptung und Verbreitung einer wahren Tatsache der Tatbestand einer sittenwidrigen, vorsätzlichen Schädigung i. S. von § 826 BGB. erfüllt werden (SeuffA. 59 Nr. 103). Aber der Umstand allein, daß die betreffende Tatsache, wie hier, wettbewerbshalber verbreitet wird, macht die Verbreitung nicht schon zu einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung (RGEntsch. 76, 110); vorliegend um so weniger, als der Hinweis der Beklagten auf den Schwamm im Hause der Klägerin zugleich im Interesse K.s erfolgte, der dadurch vor einem Kaufe bewahrt werden sollte, der ihm nachmals aller Voraussicht nach Unannehmlichkeiten bereitet haben würde. Daß die Beklagten mit ihrer Bemerkung gegenüber K. diese wohlmeinende Absicht verbanden, ergibt sich aus den von der Zeugin H. bekundeten Worten des verklagten Ehemannes:

„es würde ihm leid tun, wenn K. das B.sche Grundstück kaufte, denn da wäre der Schwamm drin“.

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 4. Okt. 1916. B. (Kl.) w. R. 7 O. 168/15. —e—

---

54. Anfechtung einer Pfändung.

Vgl. 44 Nr. 238 m. N.; 60 Nr. 203; auch 70 Nr. 53 m. N.
AnfG. § 3 Nr. 1.

Beide Parteien sind Hyp.-Gläubiger eines Grundstücks, der Beklagte an zweiter, der Kläger an dritter Stelle. Das Grundstück ist am 28. Dez. 1914 unter Zw.-Verwaltung gestellt worden. Durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß v. 29. Sept. 1914 hat der Kläger die Mieten für die Zeit vom 1. Okt. 1914 bis Ende März 1915 pfänden lassen. Der Anfechtung des Beklagten ist stattzugeben.

Auch eine staatliche Vollstr.-Handlung unterliegt der Anfechtung (vgl. § 6 AnfG.), insbesondere bei Feststellung eines absichtlichen Zusammenwirkens zur Schaffung des vollstreckbaren Titels. Hierzu kann auch ohne ausdrückliche Verabredung ein bewußtes Unterlassen genügen, sofern sich aus einem solchen der auf eine Benachteiligung der Gläubiger gerichtete Wille folgern läßt (RG. in JW. 1914, 106). Die Anfechtbarkeit ist aber auch darüber hinaus anzuerkennen. Bei Befriedigungshandlungen wegen bestehender Forderungen ist zu unterscheiden zwischen kongruenter und nicht kongruenter Deckung. Nur in letzterem, nicht aber im ersten Falle schließt das Bewußtsein des Schuldners von der die andern Gläubiger benachteiligenden Wirkung seiner Rechtshandlung zugleich die Absicht der Benachteiligung in sich. In beiden Fällen sind aber letzten Endes die Umstände des gegebenen Falles maßgebend dafür, ob ein Schluß von dem Bewußtsein auf die Absicht der Gläubigerbenachteiligung zulässig und nach den Umständen geboten ist (RG. in JW. 1911, 193; 1911, 778; 1915, 282). Die Anwendung ähnlicher Gesichtspunkte auf die im Wege der Zw.-Vollstreckung sich vollziehende Deckung oder Befriedigung des Gläubigers ist ein dringendes Gebot wirtschaftlicher Notwendigkeit, da andernfalls die Herstellung eines vollstreckbaren Titels und die Herbeiführung einer Vollstr.-Handlung an Stelle der freiwilligen Befriedigung und damit eine Umgehung der der Anfechtung eigentümlichen Rechtssätze ohne Schwierigkeit möglich sein würde. Insbesondere gilt dies bei den Verhältnissen des Hypothekenmarktes in großen Städten. Hier ist die Einfügung der Vollstr.-Klausel in Hyp.-Schuldurkunden so gut wie ausnahmslos üblich. Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und die Pfändung der Mieten würde also im Fall der Gefahr einer drohenden Zw.-Verwaltung ebenso leicht zu vollziehen sein wie eine freiwillige Mietabtretung. Der Weg der Pfändung der Mieten im Wege der Zw.-Vollstreckung wird lediglich ge-

wählt, um die mit einer freiwilligen Mietabtretung verbundene Gefahr der Anfechtbarkeit nach Möglichkeit zu beseitigen. Dieses Verfahren verdient keinen Schutz. Es führt, wie die Erfahrung gezeigt hat, zu einer schweren Erschütterung des Hyp.-Kredits und zu einer Beeinträchtigung und Verkürzung berechtigter Ansprüche vorgehender Hyp.-Gläubiger, die an Stelle der Befriedigung, auf welche sie ein Recht haben und welche sie nach den gegebenen Verhältnissen auch erwarten durften, vor die Notwendigkeit gestellt werden, zu ihrer eigenen Sicherheit ein Grundstück erwerben zu müssen, obgleich dieses für ein oder mehrere Vierteljahre infolge einer Mietpfändung keinen Ertrag zu gewähren imstande ist.

Auf seiten des Klägers liegt inkongruente Deckung vor. Er war allerdings gleichfalls Hyp.-Gläubiger, dem die Mieten gemäß §§ 1123ff. BGB. haften. Er mußte aber im Verhältnis zu den ihm vorgehenden Hyp.-Gläubigern damit rechnen, daß die Mieten in erster Reihe nach der gesetzlichen Rangordnung der eingetragenen Hypotheken verwendet werden. Ein nachstehender Hyp.-Gläubiger, der die Mietzinsen ohne Rücksicht auf die Ansprüche der vorgehenden Gläubiger für sich beschlagnahmt, steht gegenüber diesen letzteren nicht anders als ein dritter Gläubiger, der überhaupt kein Recht auf die Mieten hat. Er erlangt durch die Mietpfändung einen Vorteil, auf den ihm ein Anspruch nicht zusteht, also eine inkongruente Deckung.

Aber auch abgesehen hiervon ist nach den Umständen des vorliegenden Falles Anfechtbarkeit anzunehmen. Der Kläger stand in den nächsten Beziehungen zu der Grundstückseigentümerin. Er hatte bereits dem Vorbesitzer Darlehen gegeben, die er bei einer Verwertung des Grundstücks zurückerhalten sollte. Er hat später die ihm jetzt zustehende Hypothek abgelöst, als sie von dem früheren Gläubiger zurückgefordert wurde. Es war ihm der Nießbrauch und eine Grundschuld von 12000 ℳ bewilligt worden, aus der er sich für seine Forderung und für seine jahrelange Hülfe bei vorteilhafter Verwertung des Grundstücks befriedigen sollte. Er hat das Grundstück verwaltet und namentlich die Verhandlungen über die Verlängerung der ersten Hypothek, die am 1. Okt. 1914 fällig wurde, mit der Gläubigerin geführt. Ihm war also das Scheitern dieser Verhandlungen und damit das Bevorstehen der Zw.-Verwaltung bekannt. Wenn unter solchen Umständen zwei Tage vor der Fälligkeit der ersten Hypothek die Mieten für zwei volle Vierteljahre gepfändet wurden, so kann dies nur im allseitigen Einverständnis zu dem Zwecke geschehen sein, für den Fall der als unvermeidlich erkannten Zw.-Verwaltung von den Einkünften des Grundstücks noch so viel für den an dritter Stelle stehenden Hyp.-Gläubiger zu retten, als dies unter äußerster Ausnutzung der gesetzlichen Möglichkeiten überhaupt geschehen konnte.

Urteil des KG. zu Berlin (22. Sen.) v. 2. Nov. 1916. L. w. S. 22 U. 3106/16. Ha.

55. Über die Fälligkeit von Vermächtnisforderungen.

Vgl. 15 Nr. 145.
BGB. §§ 2176. 2184.

Es ist richtig, daß der Anspruch des Vermächtnisnehmers gegen den beschwerten Erben den rechtlichen Charakter einer einfachen Schuldforderung hat. Nach § 2176 BGB. kommt die Forderung des Vermächtnisnehmers schon mit dem Erbfall zur Entstehung. Das Entstehen der Forderung ist aber mit ihrem Fälligwerden nicht identisch. Wann die Forderung fällig wird, wird, wie der übrige Inhalt der Forderung, durch das Testament bestimmt. Ist in einem Paragraphen des Testaments ein Geldvermächtnis ausgesetzt und ist in diesem Paragraphen nichts darüber angeordnet, wann das Vermächtnis zur Auszahlung gelangen soll, so ist für die Bestimmung der Fälligkeit der gesamte Inhalt des Testaments zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall hat der Erblasser an verschiedene Personen Geldvermächtnisse in Höhe von zusammen 700000 ℳ ausgesetzt und angeordnet, daß die Testamentsvollstrecker ein Kapital in ihrer Verwaltung behalten sollen, das zur Bestreitung einer seiner Ehefrau zu zahlenden Rente von jährlich 15000 ℳ ausreicht, daß sie auch seiner Ehefrau die Rente auszahlen sollen. Der nach Erledigung aller Vermächtnisse übrige Teil des Nachlasses soll zu einem wohltätigen oder gemeinnützigen Zweck verwandt werden. Der Erblasser hat Test.-Vollstrecker ernannt und die aus § 5 des Testaments ersichtlichen Vorschriften gegeben. Bereite Geldmittel, aus denen die Test.-Vollstrecker sofort nach dem Tode des Erblassers die Vermächtnisse hätten auszahlen können, hat der Erblasser nicht hinterlassen. Sein Vermögen war zur Zeit seines Todes zum weitaus größten Teile in kaufmännischen Geschäften festgelegt. Bei solcher Sachlage erscheint klar, daß es nicht der Wille des Erblassers war, daß die Test.-Vollstrecker die Vermächtnisse sofort nach seinem Tode auszahlen sollten. Wenn in einem so oder ähnlich liegenden Fall ein Test.-Vollstrecker, der zunächst nur über geringfügige bereite Geldmittel verfügte, diese verfügbaren Geldmittel ohne weiteres dem ersten beliebigen Vermächtnisnehmer, der die sofortige Auszahlung verlangt, unter Zurücksetzung der Interessen der andern Vermächtnisnehmer auszahlen wollte, so würde nicht zweifelhaft sein, daß er damit der letztwilligen Verfügung des Erblassers zuwiderhandelt und seine Pflicht verletzt. Die Verpflichtung des beschwerten Erben oder des Test.-Vollstreckers gegenüber dem Vermächtnisnehmer einerseits und das Recht des Vermächtnisnehmers gegen den Erben und den Testamentsvollstrecker anderseits sind nur zwei Seiten desselben Rechtsverhältnisses. Solange der Test.-Vollstrecker einstweilen nicht zahlen darf, hat der Vermächtnisnehmer noch kein fälliges Forderungsrecht.

Darüber, wann der Test.-Vollstrecker die Vermächtnisse auszuzahlen hat, wenn der Erblasser ausdrückliche Anordnungen für diesen Punkt nicht getroffen hat, lassen sich genauere allgemeingültige Regeln nicht aufstellen.

Wann die Auszahlung zu geschehen hat, muß nach Maßgabe der Erfordernisse des besonderen Falles unter Berücksichtigung der Verkehrssitte abgemessen werden. Es ist nicht zu verkennen, daß dann innerhalb der durch die Erfordernisse des besonderen Falls und der Verkehrssitte gezogenen Grenzen vielfach noch Raum für verschiedene Bemessung des Fälligkeitszeitpunktes bleiben wird. Es ist davon auszugehen, daß der Erblasser, der einem Test.-Vollstrecker die Verwaltung und Verteilung seines Nachlasses aufträgt, ihm auch den Auftrag geben will, innerhalb der vorgedachten Grenzen über den genaueren Zeitpunkt der Auszahlung nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu entscheiden.

— — — Das Ber.-Gericht hat auf Grund der gesamten Umstände des Falles im Wege freier Beweiswürdigung die Überzeugung erlangt, daß die Test.-Vollstrecker über den Zeitpunkt der Auszahlung innerhalb der durch die Erfordernisse des besonderen Falles und die Verkehrssitte vorgeschriebenen Grenzen nach Maßgabe ihres pflichtmäßigen Ermessens Bestimmung getroffen haben. Die Klage ist darnach zu einer Zeit erhoben, als der Kläger die sofortige Auszahlung noch nicht fordern konnte. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 8. Nov. 1916. B. (Kl.) w. C. Test. — Bf. IV. 240/16. B.

---

56. Eigentumserwerb zwischen Eheleuten an Sachen, die im gemeinschaftlichen Hausstand verbleiben*. Haftung des Notars für Versehen bei Aufnahme eines Vertrages**.

*Vgl. 46 Nr. 208; 62 Nr. 171. — **Vgl. 71 Nr. 254 m. N.
BGB. §§ 930. 1362. — BGB. § 839.

Die Klägerin, die mit ihrem Mann im gesetzlichen Güterrecht des BGB. lebte, hatte am 6. Juli 1913 vor dem verklagten Notar mit ihrem Mann einen Kaufvertrag abgeschlossen, durch den ihr Mann ihr das Eigentum an gewissen Mobilien übertrug. Am 9. Mai 1914 vereinbarten die Eheleute vor dem Beklagten Gütertrennung. Eine Bestätigung oder Wiederholung des Vertrages v. 6. Juli 1913 erfolgte dabei nicht. Als dann der Ehemann von einem Gläubiger gepfändet wurde, machte die Klägerin im Widerspruchsprozeß ihr Eigentum an den ihr durch den Vertrag v. 6. Juli 1913 übertragenen gepfändeten Mobilien geltend, doch wurde sie rechtskräftig vom Landgericht A. mit ihrem Anspruch abgewiesen, weil der genannte Vertrag rechtsunwirksam sei. In diesem Prozeß hatte die Klägerin dem Beklagten den Streit verkündet, der Beklagte war aber in den Streit nicht eingetreten. Mit einer neuen Klage verlangte die Klägerin vom Beklagten Ersatz des ihr durch die Unwirksamkeit des vom Beklagten beurkundeten Vertrages entstandenen Schadens. — Der Klage wurde vom Ber.-Gericht stattgegeben. Aus den Gründen:

„Daß der Beklagte an sich mit der Behauptung nicht gehört werden kann, der Vorprozeß sei unrichtig entschieden und schon aus diesem Grunde entfalle seine Haftung für den der Klägerin durch seine Beratung erwachsenen Schaden, bedarf keiner weiteren Ausführung. Das ergibt sich schon aus der unstreitigen Tatsache, daß Klägerin dem Beklagten im Vorprozesse den Streit verkündet hat. Mit Unrecht legt die Klägerin aber die §§ 74. 68 ZPO. so weit aus, daß der Beklagte auch in bezug auf die Schuldfrage sich nicht auf die Unrichtigkeit der im Vorprozesse von den Gerichten vertretenen Rechtsanschauung berufen könne. Vielmehr beschränkt sich die Wirkung der §§ 74. 68 lediglich darauf, daß der Beklagte es gegen sich gelten lassen muß, daß die Klägerin im Vorprozesse unterlegen ist. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Verschulden des Beklagten bei der Beratung der Klägerin und der Abfassung des Vertrages vorgelegen habe, ist dagegen die Nachprüfung der Frage, ob die von dem Landgericht A. vertretene Rechtsanschauung richtig sei, nicht zu umgehen.[1]) Diese Frage muß aber im Gegensatz zum Vorderrichter bejaht werden. Mit Recht hat das A.er Landgericht die Unwirksamkeit des vom Beklagten beurkundeten Vertrages angenommen, da eine Übertragung des Eigentums an den Mobilien nicht stattgefunden hat, weder gemäß § 929, noch auch nach § 930 BGB.

Die Übergabe nach § 929 Satz 1 setzt eine körperliche Übergabe der Sache, nicht bloß die Einräumung rechtlicher Befugnisse voraus. Sie kann nicht durch symbolische Handlungen, wie die hier vollzogene Berührung einzelner Sachen und die Anweisung der Sachen an den Erwerber ersetzt werden. Die Sachen sind nach wie vor im Hausstande der Eheleute und an denselben Orten wie bisher verblieben. Der Mann übte nachher dieselbe tatsächliche Gewalt über sie aus wie vorher. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, daß er erklärt haben sollte, die Sachen künftig nicht mehr für sich besitzen zu wollen. Nun genügt nach § 854 Abs. 2 BGB. allerdings zum Erwerb des Besitzes eine bloße Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Aber diese Bestimmung greift nur dann Platz, wenn der bisherige Besitzer den Besitz seinerseits aufgibt, was hier nicht geschehen ist. Nicht anders verhält es sich mit der Anwendung des § 929 Satz 2 BGB. auf den vorliegenden Fall, wonach die Einigung für den Eigentumsübergang genügt, wenn der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist. Es ist dem Beklagten zuzugeben, daß auch ein Mitbesitz für eine derartige Übertragung des Eigentums genügen mag; aber auch wenn man der Frau beim gesetzlichen Güterstande im Gegensatz zu der herrschenden Lehre einen solchen Mitbesitz zugestehen wollte, so setzt doch die Anwendung des § 929 Satz 2 voraus, daß der bisherige Mitbesitzer seinen Besitz zugunsten des bisherigen Mitbesitzers

[1]) Vgl. SeuffA. 61 Nr. 175. 208 m. N. (S.)

aufgibt. Ein Fortbestand des bisherigen Besitzstandes ist mit der Übertragung des Eigentums unvereinbar. Hier aber hat der Ehemann auch nach der angeblichen Besitzübertragung dieselbe tatsächliche Gewalt über die Mobilien ausgeübt wie zuvor (vgl. RG. bei Gruchot 49, 127).

Daß eine Eigentumsübertragung nach § 930 BGB. nicht rechtswirksam erfolgt ist, zeigt die Erwägung, daß der im Vertrage vereinbarte Leihvertrag neben dem schon vorher bestehenden Verwaltungsrecht des Mannes eine selbständige Bedeutung garnicht haben kann. Die Leihe überträgt nur unvollständigen Besitz und ermächtigt nicht zur Verfügung über die geliehene Sache, während das Verwaltungsrecht den Mann zum Besitzer des Eingebrachten macht und ihm die freie Verfügung über dasselbe gibt. Durch den Vertrag v. 6. Juli 1913 sind daher auf den Mann der Klägerin keine Rechte übertragen worden, die er nicht vorher schon hatte, so daß sich nicht sagen läßt, es sei dadurch ein Rechtsverhältnis vereinbart worden, vermöge dessen der Mann unter Übertragung des mittelbaren Besitzes auf die Frau den unmittelbaren Besitz sich bewahrt hätte. Die für den Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft des preuß. Allg. LR. in RGEntsch. 48, 318 (auch JW. 1901, 260) gemachten Ausführungen sind so überzeugend und treffen auch den vorliegenden Fall so sehr, daß sie nicht einfach damit abgetan werden können, sie beträfen nur das altpreußische Recht.

Im gleichen Sinne ist die Frage der Wirksamkeit einer derartigen Eigentumsübertragung, abgesehen von den beiden angeführten reichsgerichtlichen Entscheidungen, noch entschieden in OLGRspr. 8, 112 (OLG. Breslau); im Recht 1910 Nr. 915 (OLG. Naumburg) und in DresdAnn. 34, 213 (OLG. Dresden); im entgegengesetzten Sinne in der Rspr. der OLG. 12, 279 (OLG. Naumburg) und Warneyer 2 zu § 929 I (OLG. Karlsruhe).

Das von diesem Gericht als richtig erkannte Ergebnis stellt sich auch keineswegs, wie der Vorderrichter annimmt, als „befremdlich" oder, wie der Beklagte ausgeführt hat, als „weltfremd" dar. Es entspricht vielmehr durchaus dem Geiste des Bürgerl. Gesetzbuchs, das, wie die §§ 1431. 1435 ergeben, derartige Verträge unter Ehegatten im Interesse dritter Personen durchaus nicht begünstigt. Verlangt schon der § 930 BGB. im Interesse der Dritten, daß, wenn bei einer Eigentumsübertragung der Veräußerer im Besitz bleibt, ein besonderes, äußerlich in die Erscheinung tretendes Rechtsverhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber vereinbart werden muß, wonach der erstere im Besitze bleibt, so müssen gerade bei solchen Verträgen unter Ehegatten besonders strenge Anforderungen an die Anwendung dieser Bestimmung gestellt werden. Wenn man dem Standpunkte des Beklagten folgen wollte, würde sich auf einem Umwege, und zwar unter Vermeidung der im Interesse der Dritten gegebenen Vorschriften, ein Zustand herbeiführen lassen, der zu einem wesentlichen Teil dem Güterstande der Gütertrennung entsprechen würde.

Somit steht auch für dieses Gericht fest, daß der Beklagte die Klägerin schlecht beraten hat, als er diesen unwirksamen Vertrag für sie beurkundete, ohne ihr gleichzeitig den Rat zu geben, einen Gütertrennungsvertrag mit ihrem Manne zu schließen. Der dadurch hervorgerufene Schaden hätte gebessert werden können, wenn der Beklagte, als er später den Gütertrennungsvertrag der Eheleute aufnahm, den früheren Vertrag hätte bestätigen oder wiederholen lassen, was er wiederum unterlassen hat.

Für die Frage, ob der Beklagte der Klägerin für den ihr durch den unwirksamen Vertrag erwachsenen Schaden aufzukommen hat, ist § 839 BGB. maßgebend, da nach § 1 des Hamburg. Ges. betr. das Notariat v. 29. Dez. 1899 die Notare öffentliche Beamte sind. Der Beklagte haftet hiernach für jeden Schaden, der der Klägerin aus der von ihm vorsätzlich oder fahrlässig erfolgten Verletzung einer ihm der Klägerin gegenüber obliegenden Amtspflicht erwachsen ist. Eine derartige fahrlässige Verletzung der dem Beklagten obliegenden Sorgfalt bei der Beratung der Klägerin und der Beurkundung des Vertrages ist aber hier gegeben. Gewiß ist nicht zu verkennen, daß die Frage, in welcher Weise eine solche Eigentumsübertragung unter Ehegatten vorgenommen werden muß, streitig ist, wie schon aus den obigen widersprechenden Erkenntnissen folgt. Es kann dem Beklagten ohne weiteres zugebilligt werden, daß er die von der hier vertretenen abweichende Rechtsansicht für die zutreffende halten konnte. Aber es war seine Pflicht, die Eheleute auf die in der Sache liegenden Zweifel hinzuweisen und ihnen mindestens darzulegen, daß es für sie unter allen Umständen sicherer sei, den Weg der Gütertrennung zu wählen;

JW 1909, 217; 1911, 546. 948; 1914, 78. 1078; Deutsche NotZtschr. 1912, 445.

In dieser Unterlassung liegt die Verletzung der Sorgfalt abseiten des Beklagten. Dabei hat das Gericht mit erwogen, daß es sich hier um ein Gebiet handelt, das der güterrechtlichen Verträge, auf dem die Notare besonders bewandert sein müssen, da gerade hier ihre Tätigkeit vom Publikum besonders häufig in Anspruch genommen wird, und daß deshalb damit gerechnet werden muß, daß die Notare eine besondere Kenntnis der wichtigsten Fragen dieses Rechtsgebietes, zu denen die vorliegende gehört, besitzen. Bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt konnten dem Beklagten die in der Sache liegenden Zweifel nicht entgehen und mußte er zu dem Schlusse kommen, daß es für die Eheleute jedenfalls sicherer und ungefährlicher war, wenn sie, wie eine Reihe von Urteilen höherer Gerichte und auch das Reichsgericht fordern, zur Wirksamkeit der von ihnen beabsichtigten Eigentumsübertragung zunächst einen Gütertrennungsvertrag abschlossen. Da der Beklagte es an der Anstellung derartiger Erwägungen hat fehlen lassen, so muß er der Klägerin für den ihr hieraus entstandenen Schaden aufkommen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 21. Okt. 1916. Schm. (Kl.) w. S. Bf. VI. 75/16. Nö.

57. Gesetzliches Güterrecht; Voraussetzungen des Anspruchs der Frau auf Sicherheitsleistung.

Vgl. 62 Nr. 87 m. N. — BGB. § 1391.

Der Kläger verlangte von seiner Frau, der Beklagten, von der er schon seit längerer Zeit getrennt lebte, darin zu willigen, daß die bei der Bankfirma H. & Co. in B. auf seinen Namen hinterlegten Wertpapiere an ihn herausgegeben würden. In 1. Instanz wurde die Beklagte nach diesem Antrage verurteilt; in 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Die Revision blieb erfolglos. Aus den Gründen:

„Das Verlangen des Klägers, daß die Beklagte in die Herausgabe ihrer bei der Firma H. & Co. in B. hinterlegten Wertpapiere einwillige, ist nach § 1373 BGB., wonach der Mann die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen berechtigt ist, an sich begründet. Das Ber.-Gericht weist aber die Klage nach § 1391 Abs. 1 BGB. ab, weil, wie die Beklagte eingewendet hat, das Verhalten des Klägers eine erhebliche Gefährdung ihres Eingebrachten befürchten lasse. Die rechtliche Anwendbarkeit dieser Vorschrift unterliegt keinem Bedenken und wird auch von der Revision nicht beanstandet.

Bei der daraufhin angestellten Untersuchung, ob die Voraussetzungen des § 1391 Abs. 1 BGB. gegeben sind, geht das Ber.-Gericht von der Auffassung aus, es sei nicht erforderlich, daß der Kläger schon eine schädigende Handlung begangen oder sich gerade bei der Verwaltung des Eingebrachten unzuverlässig gezeigt habe; vielmehr komme es darauf an, ob sein Verhalten seinen Charakter in solchem Licht erscheinen lasse, daß die Besorgnis gerechtfertigt sei, er werde künftig die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzen. Von diesem Standpunkt aus stellt das Ber.-Gericht im einzelnen folgendes fest: es habe sich der Kläger in dem Scheidungsprozeß mehrfach unzuverlässig gezeigt, ihm fehle die Wahrheitsliebe, er sei gegen die Beklagte von Lieblosigkeit erfüllt; er habe ihr grundlos vorgeworfen, sie würde, wenn sie den im Scheidungsprozeß ihr auferlegten Eid leiste, sich eines Meineids schuldig machen; er habe auch bei den Aussöhnungsverhandlungen im Jahre 1915 und 1916 gezeigt, wie wenig ihm an der Fortsetzung der Ehe gelegen sei; die der Frau für die Dauer des Scheidungsprozesses geschuldeten Unterhaltsgelder habe er ihr erst garnicht, später wiederholt nur verkürzt entrichtet; dagegen habe er mit auffälliger Eile gesucht, den Besitz ihrer Wertpapiere zu erlangen, wie denn auch sein ganzes Verhalten nur darauf gerichtet gewesen sei, die alleinige Verfügung über ihr Eingebrachtes zu erlangen. — Alle diese Feststellungen sind prozeßgerecht begründet. — — — Das Ber.-Gericht erwägt sodann, der Mann habe das Vermögen der Frau nicht etwa bloß nach den Grundsätzen eines ordentlichen Kaufmanns, sondern so zu verwalten, wie es dem sittlichen Wesen der Ehe und einer rechten ehelichen Gesinnung entspreche. Es gelangt demnach zu

dem Schlußergebnis, die ganze Handlungsweise rechtfertige für die Frau die Besorgnis, daß ihr Eingebrachtes in der Hand des Klägers erheblich gefährdet sei, auch wenn zunächst keine Anzeichen dafür vorlägen, daß er von ihrem Vermögen einen unrechtmäßigen Gebrauch machen werde.

Die Revision rügt hierzu in materiellrechtlicher Hinsicht Verletzung des § 1391 BGB. Sie meint, die Besorgnis i. S. des § 1391 könne nur einem die Verwaltung des Eingebrachten betreffenden Verhalten des Mannes, nicht aber aus einem sonstigen ehewidrigen Verhalten entnommen werden; nach dieser Richtung böten aber die festgestellten Umstände keinen Anhalt, um i. S. des § 1391 für die Beklagte eine Gefährdung ihres Eingebrachten besorgen zu lassen.

Die Rüge ist nicht begründet. Ein fester Rahmen für die Untersuchung, ob der Mann durch sein Verhalten eine erhebliche Gefährdung des Eingebrachten der Frau befürchten lasse, besteht von Rechts wegen nicht. Maßgebend sind stets die Umstände des zu entscheidenden Falles. Darnach ist das Gericht bei Prüfung jener Frage nicht auf solche Umstände beschränkt, die bloß die bisherige vom Manne ausgeübte Verwaltung des Eingebrachten angehen, sondern es kann, je nachdem die Sachlage dazu Anlaß bietet, die Handlungsweise und den Charakter des Mannes nach jedweder Richtung prüfen, so daß es rechtlich nicht gehindert ist, auch sein anderweitiges Verhalten, also auch sein außergeschäftliches Verhalten und sein gesamtes Benehmen gegenüber seiner Frau zu würdigen. Diese Auffassung steht mit der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einklang, an der auch in diesem Falle festgehalten wird (Urt. v. 4. März 1904, VII. 483/03 in RGEntsch. 57, 161; und v. 6. März 1916, IV. 363/15). Das Ber.-Gericht war daher bei der Beurteilung der Voraussetzungen des § 1391 BGB. keineswegs nur an die Richtschnur gebunden, nach der ein Kaufmann geschäftlich zu verfahren hat. Anderseits würde es verfehlt sein, schon wegen lieblosen Verhaltens des Mannes anzunehmen, daß das von ihm verwaltete Eingebrachte seiner Frau gefährdet sei. Diese einseitige Auffassung liegt aber dem Ber.-Urteil fern. Denn das entscheidende Gewicht ist nicht auf seine Lieblosigkeit gelegt, sondern darauf, daß er sich gegen die Beklagte unwahr und unzuverlässig gezeigt hat. Nimmt man zu diesem charakterlosen Verhalten die festgestellten Tatsachen hinzu, daß der Kläger sich von der Beklagten lieblos abgewendet, seinerseits die Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft vereitelt und ihr den geschuldeten Unterhalt nur verkürzt gewährt hat, so konnte das Ber.-Gericht aus diesem Gesamtbild ohne Rechtsirrtum die Überzeugung gewinnen, daß die Beklagte zum Kläger kein Vertrauen mehr haben kann und wegen Verkürzung ihrer Rechte am Eingebrachten i. S. des § 1391 BGB. besorgt sein muß. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 13. Juli 1916. F. w. F. (KG. zu Berlin). IV. 108/16.



58. Hat der Handlungsagent einen Provisionsanspruch für Geschäfte mit ihm selber?

HGB. § 88.

— — — Die Ansicht, daß dem Handlungsagenten auf eigene Warenbezüge keine Provision zustehe, wird von Staub (HGB.[8] § 88 Anm. 3 S. 422) vertreten, mit der Begründung, daß dem Handlungsagenten die Tätigkeit obliege, zwischen dem Geschäftsherrn und dritten Personen Geschäfte zu vermitteln, und daß er dafür die Provision als Entgelt erhalte; wo diese Tätigkeit nicht stattfinde, entfalle auch der Anspruch auf die Provision. Diese Ansicht, die den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wohl entsprechen würde, wird dem kaufmännischen Standpunkt nicht gerecht und entspricht daher nicht dem Handelsrecht. Das Landgericht sagt zutreffend, die Provision ruht auf der Ware. Bei der Festsetzung des Verkaufspreises rechnet der Verkäufer schon mit der Provision, es kann ihm gleich sein, ob ein Dritter oder der Agent selbst sein Abnehmer ist (so schon zutreffend Handelsger. Hamburg 1875, Busch Archiv 36, 382). Staub steht auch mit der von ihm vertretenen Ansicht allein; die andern Kommentatoren und Schriftsteller (Düringer-Hachenburg, Ritter, Jacusiel, Albrecht-Tentler) vertreten die entgegengesetzte Meinung mit der zutreffenden Einschränkung, daß dem Agenten für eigene Bezüge Provision dann nicht zustehe, wenn ihm Vorzugspreise oder sonstige Vergütungen gewährt werden; so auch die zahlreichen in den Kommentaren angeführten Handelskammergutachten, die freilich nur für einzelne Handelszweige erstattet sind, aber doch die Ansicht der Handelskreise auch allgemein zur Erscheinung bringen.

Die Klägerin behauptet denn auch, dem Beklagten seien bei seinen Bezügen Vergünstigungen gewährt. Aber sie hat dies nur in der Weise zu begründen vermocht: der Beklagte habe „durchgängig", „fast nur", in der Hauptsache Ausschuß oder sog. Partieware bezogen, und dabei seien ihm besonders billige Preise berechnet. Diese Behauptung reicht nicht aus, die Provision auszuschließen. Dazu ist erforderlich, daß dem Agenten allgemein d. h. bei seinen sämtlichen Eigenbezügen eine Vergünstigung gewährt wird, und zwar eben deswegen, weil er Agent ist; das hat nicht behauptet werden können. Ausschußwaren werden schon an sich zu billigen Preisen verkauft; daß der Beklagte seine sämtlichen Bezüge zu niedrigerem Preise erhalten hätte als dritte Personen, und zwar aus dem ihm erkennbaren Grunde, weil er Agent der Klägerin war, ist nicht behauptet, sondern nur, daß ihm besonders billige Preise bei seinen Käufen bewilligt seien, d. h. niedrigere als die sonst üblichen und daß er nach seiner Sachkunde dies erkannt habe. Das ist nicht das entscheidende. Dem Beklagten hätte aus den Erklärungen oder dem Verhalten der Klägerin ersichtlich sein müssen, daß er die angebliche Preisvergünstigung an Stelle der Provision erhalte. Daß ihm dies hätte erkennbar sein müssen, dafür ist nichts vorgebracht. Auch die Einräumung eines Kredits

von 10000 ℳ — übrigens gegen Bürgschaft des zahlungsfähigen Vaters des Beklagten — kann mit dem Landgericht als solche Vergünstigung nicht angesehen werden, um so weniger, als der Kredit nicht einmal zinslos gewährt wurde. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 11. Okt. 1916. Porz.Fabr. C. (Kl.) w. K. — Bf. V. 36/16. Gr.

II. Verfahren.

59. Prozeßkosten bei einem Anerkenntnisurteil, wenn der Kläger schon eine vollstreckbare Urkunde hatte.

Vgl. 60 Nr. 248 m. N.; 67 Nr. 45; 71 Nr. 220.
ZPO. §§ 93. 307. 794[5].

Die Beklagten haben in 1. Instanz den Anspruch der Klägerin in vollem Umfang anerkannt. Das Landgericht hat darauf ein Anerkenntnisurteil erlassen und die Klägerin in die Kosten verurteilt.

Das Ber.-Ger. stellt sich in wesentlicher Übereinstimmung mit dem Landgericht auf den Standpunkt, daß der Besitz einer Urkunde, die selbständig zur Zw.-Vollstreckung verwertet werden kann (§§ 794 Nr. 5, 795. 726 ZPO.) das Rechtsschutzbedürfnis nicht ausschließt, so daß der Gläubiger trotzdem die Verurteilungsklage zu stellen befugt ist;

RGEntsch. 46, 306 (JW. 1900 660[11]); SeuffA. 48 Nr. 300 (Gruchot 38, 183); 60 Nr. 248; 67 Nr. 45; BayObLG. 5, 488. 489.

Das Landgericht hat weiter angenommen, daß für die Klägerin kein äußerer Anlaß zur Klagestellung bestand, da ihr die Beklagten eine für jede Art der Zw.-Vollstreckung geeignete Urkunde ausgestellt hatten und ihre Schuld niemals bestritten, vielmehr in der ersten Verhandlung ausdrücklich anerkannt haben. Der Ansicht der Klägerin, dies sei widerspruchvoll, die Klagestellung hätte sich nur dann erübrigt, wenn die Beklagten aus freien Stücken den Hauptsacheanspruch sofort in vollem Umfang befriedigt hätten und nicht in Verzug geraten seien, kann nicht beigetreten werden. Die Beklagten sind allerdings dadurch, daß sie nach der durch die Kündigung herbeigeführten Fälligkeit die Klägerin nicht befriedigt haben, in Verzug geraten (§ 284 Abs. 2 BGB.), was regelmäßig den Beklagten trotz des Anerkenntnisses vor Überbürdung der Kosten nach § 91 ZPO. nicht schützt. Die Beklagten haben jedoch ihre Schuld niemals bestritten. Weiterungen in der Vollstr.-Instanz waren nicht zu befürchten, denn die Beklagten haben Einwendungen in der Vollstreckung nicht in Aussicht gestellt und die Klägerin wäre, da die Kündigung formellen Bedenken nicht unterliegt (Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1906, 191) in der Lage gewesen, die Vollstr.-Klausel auch hinsichtlich der Hauptsache für die Notariatsurkunde zu erlangen. Die Klägerin war also nicht ohne

weiteres zu dem Schluß berechtigt, daß sie nur durch Klagestellung alsbald die Bezahlung ihrer Schuld erlangen werde. Da sie in Gestalt der Notariatsurkunde bereits einen Vollstr.-Titel hatte, hätten neben dem Verzug noch weitere besondere Umstände, die sie zu diesem Schluß berechtigten, vorliegen müssen. Solche besondere Umstände sind von der Klägerin nicht behauptet. Es ist daher auch der Entscheidung des Landgerichts, das mit Recht darauf hinweist, daß es bei der gegebenen Sachlage unbillig wäre, die Prozeßkosten den Beklagten aufzuerlegen, im übrigen beizutreten.

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 27. Nov. 1916. H. w. K. L. 433/16.
F—z.

---

60. Der Kostengläubiger hat Anspruch auf einen vollstreckbaren Titel.
ZPO. §§ 102. 103.

Das Landgericht hat durch rechtskräftig gewordenes Zwischenurteil v. 13. Mai 1916 den Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Beklagte hat daraufhin die Klägerin durch Zahlung befriedigt, so daß der Klaganspruch auch der Höhe nach erledigt ist. Beklagte hat ferner die Gerichtskosten und sämtliche klägerische Anwaltskosten mit Ausnahme der noch weiter geforderten Korrespondenz-Gebühren ihrer Gleiwitzer Korrespondenz-Anwälte bezahlt. Klägerin hat beim Landgericht beantragt, der Beklagten durch Urteil die Prozeßkosten aufzuerlegen abzüglich der darauf bereits bezahlten, ziffermäßig angegebenen Kosten. Das Landgericht hat durch Urteil v. 24. Okt. 1916 den Antrag der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen und der Klägerin die durch diesen Antrag verursachten Kosten auferlegt. Gegen dieses Urteil richtet sich die sofortige Beschwerde der Klägerin. Die Beschwerde ist begründet.

Nach § 103 ZPO. kann der Anspruch auf Erstattung von Prozeßkosten nur auf Grund eines zur Zw.-Vollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden. Daraus ergibt sich, daß die Entscheidung über den Umfang und die Höhe des Kostenerstattungsanspruchs aus der Prozeßentscheidung auszuscheiden hat, diese vielmehr sich lediglich mit der Auferlegung oder anteilmäßigen Verteilung der Prozeßkosten auf die Parteien zu beschäftigen hat. Das Kostenfestsetzungs-Verfahren ist ein selbständiges Nachverfahren, in welchem die Entscheidung über die Richtigkeit der Kostenansätze und insbesondere auch über die Notwendigkeit der Kosten dem Gerichtsschreiber zusteht und das Gericht nur zur Entscheidung über eine gegen den Festsetzungsbeschluß eingelegte Erinnerung gemäß § 104 Abs. 3 ZPO. berufen ist. Mit Unrecht hat daher das Landgericht die zwischen den Parteien streitige Frage der Zubilligung der Korrespondenzgebühr in der Prozeßentscheidung entschieden.

Ist aber die Entscheidung über den Umfang der Kostenerstattungspflicht dem Kostenfestsetzungs-Verfahren vorbehalten, so hat die obsiegende Partei als Kostengläubiger einen Anspruch darauf, daß die Kostenpflicht der Gegen-

partei durch einen vollstreckbaren Titel festgelegt wird, welcher nach § 103 ZPO. allein die Grundlage für die Geltendmachung eines Kostenerstattungs-Anspruchs bilden kann. Eine solche Kostenentscheidung ist auch erforderlich, wenn ein Teil des im übrigen durch Zahlung erledigten Kostenerstattungs-Anspruchs, in diesem Falle die Korrespondenzgebühr des auswärtigen Korrespondenzanwalts, unter den Parteien streitig ist (vgl. HansGerZ. Beibl. 1908 Nr. 65 II a. E.).

Die angefochtene Entscheidung war daher aufzuheben und das Landgericht anzuweisen, die beantragte Kostenentscheidung zu erlassen.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 11. Nov. 1916. E. K. w. L. & R. Bs. Z. VI. 97/16. Nö.

---

61. Bedeutung des Verzichts des Beklagten auf eine Einrede.

Vgl. 63 Nr. 99; 64 Nr. 175 m. N.

ZPO. 138. 278.

— — — Der Kläger stützt sich auf ein Abkommen der beiden Prozeßbevollmächtigten der 1. Instanz, wonach der des Beklagten sich verpflichtet haben soll, die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation des Klägers nicht vorzubringen.

Es handelt sich hierbei nicht um eine Vereinbarung, die auf das streitige Rechtsverhältnis selbst, die aus diesem entspringenden Rechte und Pflichten der Parteien, abändernd oder aufhebend einzuwirken und deshalb nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine unmittelbare sachliche, materiell-rechtliche, Wirkung zu äußern geeignet wäre, also, was hier allein in Frage kommen könnte, den Übergang des Gläubigerrechts vom Kläger auf den neuen Gläubiger (§ 398 BGB.) ungeschehen zu machen und deshalb die daraus für den Beklagten der Klage gegenüber begründete Einrede zu beseitigen vermöchte; sondern behauptet wird lediglich ein Abkommen der Parteien über die Betätigung des dem Beklagten aus dem streitigen Rechtsverhältnisse zukommenden Rechts, der Klage die Einrede der Abtretung der Klageforderung seitens des Klägers an einen Dritten entgegenzustellen. Vereinbart soll sein, daß der Beklagte dieses sein Recht im Prozesse nicht geltend mache. Auch diese Vereinbarung enthält, sofern sie über einen dem bürgerlichen Recht angehörigen Rechtsbehelf, also ein — subjektives — Recht des Beklagten verfügt, ein Rechtsgeschäft, das dem bürgerlichen Recht angehört und nach diesem hinsichtlich seiner Gültigkeit zu beurteilen ist sowie Rechte und Pflichten — z. B. im Falle des Zuwiderhandelns dagegen — erzeugt. Wirksam werden, d. h. die Prozeßentscheidung beeinflussen aber kann die außerhalb des Prozesses getroffene Vereinbarung nicht schon dadurch, daß sie vom Kläger dem Gericht bekanntgegeben wird, denn sie beseitigt die Einrede des Beklagten nicht, sondern erst dann, wenn sie in eine Prozeßhandlung umgesetzt wird, deren Voraussetzung und Wirkung lediglich vom Prozeß-

gesetze, also Vorschriften des öffentlichen Rechts, geregelt wird (vgl. RGEntsch. Bd. 77 S. 329, in SeuffA. 68 Nr. 5). Darnach konnte die Vereinbarung der Parteien nur durch die Form der mündlichen Erklärung vor dem erkennenden Gerichte (§ 128 ZPO.) wirksam werden, sei es, daß der Beklagte der angeblich übernommenen Verpflichtung entsprechend die Einrede nicht vortrug, sei es, daß er erklärte, auf die Geltendmachung der vorgetragenen Einrede verzichten zu wollen. Beides ist nicht geschehen. Der Beklagte hat vielmehr die Einrede, die nicht vorzutragen er nach der Behauptung des Klägers sich verpflichtet hatte, dem Gericht vorgetragen und damit der richterlichen Prüfung unterstellt. Denn es gibt kein Gesetz und daraus kein prozessuales Mittel, das es gestattete, von der Prozeßpartei eine Erklärung oder die Unterlassung einer solchen zu erzwingen, sondern das Prozeßgesetz legt es in die Hand der Parteien, den Prozeßstoff dem Gerichte abschließend zu unterbreiten, sog. Verhandlungsmaxime, und beschränkt demzufolge, erstreckt aber auch die richterliche Prüfung auf die von den Parteien vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel. Die von den Parteien über das Verhalten des Beklagten im Prozesse außerhalb des letzteren getroffene Vereinbarung hat also prozeßrechtliche Wirksamkeit nicht erlangt; der richterlichen Prüfung ist vielmehr auch die Einrede unterstellt worden, auf deren Geltendmachung der Beklagte angeblich verzichtet hat. Daraus ist weiter die Folgerung zu ziehen, daß die Klage, deren Antrag der Kläger nicht dem gegebenen Sachstande entsprechend abändern will, abgewiesen werden muß, soweit der Kläger zufolge Abtretung der Klageforderung im Rechtsstreit kein eigenes Recht mehr verfolgt. — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 30. Okt. 1916. 5 O. 61/15. Ch.

---

62. Kostenlast, wenn der Beklagte seine Feststellungs-Zwischenklage gegen eine Teilklage für erledigt erklärt, nachdem der Kläger seine Klage aufs Ganze erweitert hatte.

Vgl. 68 Nr. 67; 71 Nr. 97.
ZPO. §§ 280. 91.

Der Kläger hatte einen Anspruch von 1500 *M* in drei Teilklagen beim Amtsgericht geltend gemacht. Die Beklagte erhob in der einen Sache Widerklage auf Feststellung, daß dem Kläger der ganze Anspruch nicht zustehe, und beantragte Verweisung der Sache ans Landgericht. Hier wiederholte der Kläger den Antrag auf Zahlung von 500 *M*, die Beklagte den Antrag der Widerklage. Nachdem der Kläger in diesem Prozeß auch die anderen Teile des Anspruchs miteingeklagt hatte, erklärte die Beklagte die Widerklage für erledigt. Die Klage wurde abgewiesen; sämtliche Kosten wurden dem Kläger auferlegt. Mit der Berufung wendete sich der Kläger lediglich dagegen, daß das Urteil keinen Ausspruch über die Widerklage enthalte und nicht die Kosten der Widerklage der Beklagten auferlegt habe. Die Berufung hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen:

„Wird von einem Anspruch zunächst nur ein Teilbetrag klageweise geltend gemacht, wie im vorliegenden Fall seitens des Klägers noch vorm Landgericht im Verhandlungstermin vom 3. März 1913, so kann der Beklagte, der die ganze Forderung bestreitet, die negative Inzidentfeststellungs-Widerklage mit dem Antrag erheben, das Nichtbestehen des ganzen Anspruchs, auch des eingeklagten Teils, festzustellen. Die Zulässigkeit einer solchen Widerklage wird von der allgemein herrschenden Ansicht bejaht, wie dies das Reichsgericht erst neuerdings wieder ausgesprochen hat;

Urt. v. 23. Juni 1914, JW. 1914, 936[23]; ferner JW. 1905, 373[18]; Skonietzki-Gelpke. ZPO. 732 § 280 Anm. 9.

Diese Ansicht entspricht dem berechtigten Interesse des Beklagten und verdient deshalb den Vorzug vor der von Stein (ZPO.[10] 1 § 280 II[2] bei Note 13) vertretenen.

Das Oberlandesgericht erachtet daher, jener ersten Ansicht folgend, die Erhebung der Widerklage vorliegend im vollen Umfang für zulässig. Das gilt auch insoweit, als der Kläger zunächst vorm Amtsgericht den ganzen Anspruch durch Erhebung von drei Teilklagen rechtshängig gemacht hatte, denn die Beklagte hatte ein unmittelbares rechtliches Interesse daran, durch Erhebung der Widerklage mit dem entsprechenden Antrage den Rechtsstreit über den ganzen Betrag an das Landgericht verwiesen zu sehen.

Nachdem der Kläger vorm Landgericht einen alle drei Teilbeträge zusammenfassenden Antrag gestellt hatte, fiel das Interesse der Beklagten an der Widerklage weg. Wenn sie nunmehr die Widerklage für erledigt erklärte, so handelte sie durchaus folgerichtig und sachgemäß. Durch diese Erklärung beschränkte sie ihren Widerklageantrag auf die Kosten. Eine Zurücknahme ist in den Erklärungen ebensowenig zu finden, wie etwa die Klage dadurch zurückgenommen wird, daß der Kläger Befriedigung in der Hauptsache anzeigt. Jene Erklärung eröffnete für die Beklagte die einzige Möglichkeit, kostenfrei auszugehen, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn sie die Widerklage zurückgenommen hätte (vgl. Stein a. a. O., der in dieser Frage die herrschende Ansicht vertritt, S. 271. 272 § 91 III bei Note 15 bis 32).

Da nun die Widerklage anfangs begründet war und die Beklagte in dem Augenblick, wo die Voraussetzung, nämlich ihr rechtliches Interesse daran, wegfiel, deren Erledigung anzeigte, so hatte der auch zur Klage unterliegende Kläger die gesamten Kosten zu tragen. Dagegen war, nachdem die Widerklage gegenstandlos geworden und die Beklagte ihre Erledigung angezeigt hatte, kein Raum mehr für den Ausspruch ihrer Abweisung. Die darauf abzielende Berufung des Klägers war deshalb mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 26. Okt. 1915. R. w. B. 7 O. 31/15. —e—

63. Weitere Beschwerde wegen versagten rechtlichen Gehörs nur bei Übergehung erheblicher Anträge.

Vgl. 45 Nr. 148 m. N.; 57 Nr. 255; 60 Nr. 66; 67 Nr. 237.
ZPO. § 568 Abs. 2.

Die weitere sofortige Beschwerde richtet sich gegen einen Beschluß des Landgerichts H., der die sofortige Beschwerde der Gläubigerin gegen den die Zw.-Vollstreckung gegen den Schuldner einstellenden und die Folgen seiner Nichtzahlung aufhebenden Beschluß des Amtsgerichts H. zurückweist. Sie ist nach § 568 Abs. 2 ZPO. nur zulässig, soweit in der angefochtenen Entscheidung ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Einen solchen sieht die weitere Beschwerde darin, daß eine Anzahl von Eingaben, die der Schuldner dem Beschwerdegericht eingereicht hat, der Gläubigerin nicht mitgeteilt, dieser daher das rechtliche Gehör verweigert worden sei.

Die Tatsache der Nichtmitteilung mehrerer Schriftsätze des Schuldners an die Gläubigerin ist richtig. Diese Schriftsätze und ihre Anlagen waren dazu bestimmt, die Angaben über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und die Verhältnisse seines Grundstücks, die in dem an das Amtsgericht gerichteten Antrage des Schuldners enthalten sind, einzeln darzulegen und glaubhaft zu machen. Diese Schriftsätze der Gläubigerin zur Erklärung vorzulegen, war das Beschwerdegericht nur verpflichtet, wenn es dies zur Aufklärung des Sachverhalts für erforderlich erachtete. Das Befinden hierüber war Sache seines freien richterlichen Ermessens (vgl. OLG. Dresden in SeuffA. 57 Nr. 255). Von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist also keine Rede.

Der weiteren Beschwerde ist weiter zu entnehmen, daß sie die Nichtbeachtung des Beschwerdevorbringens rügt, das sich gegen die amtsgerichtliche Anordnung der Beseitigung von Rechtsfolgen der Nichtzahlung des Schuldners richtet. Diesen Punkt hat das Beschwerdegericht allerdings unerwähnt gelassen, und sein etwaiges völliges Übersehen würde, wenn er erheblich wäre, allerdings die weitere Beschwerde rechtfertigen (RGEntsch. 42, 352; 60, 407; KG. in LeipzZ. 1915, 1402). Aber er ist nicht erheblich. Die Annahme der Gläubigerin, daß die fragliche Anordnung keine gesetzliche Grundlage habe, ist irrig. — — — Weiter aber spricht nichts dafür, daß das Landgericht die Ausführungen der Gläubigerin über die Tragweite der amtsgerichtlichen Anordnung übersehen hätte; vielmehr ist aus seiner Fassung zu entnehmen, daß es den Beschluß des Amtsgerichts auch insoweit gebilligt hat. Die Nichterörterung des Vorbringens der Gläubigerin ist unter diesen Umständen kein neuer selbständiger Beschwerdegrund (vgl. RGEntsch. 30, 339; JW. 1900, 71).

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 29. Sept. 1916. Th. w. Schles. B.Kr.A.Bank. Bs. Z. I. 86/16. B.

I. Bürgerliches Recht.

64. Form der Eheschließung zwischen Deutschen und Ausländern im Auslande.

Vgl. 10 Nr. 122; 32 Nr. 2; 66 Nr. 33.
EinfG. z. BGB. Art. 11. 13.

Der Kläger ist türkischer Staatsangehöriger und gehört der armenisch-katholischen Religion an. Er hat am 8. Juli 1908 in Rio de Janeiro vor dem dortigen Standesbeamten mit der Beklagten die Ehe geschlossen. Die Beklagte war früher preußische Staatsangehörige, soll diese Staatsangehörigkeit aber, wie der Kläger in der Ber.-Instanz behauptete, vor der Eheschließung durch Zeitablauf verloren und eine andre nicht erlangt haben. Feststellungen darüber hatte das Ber.-Gericht nicht getroffen. Der Kläger machte geltend, die Ehe sei nichtig. Als Türke armenisch-katholischen Bekenntnisses könne er eine gültige Ehe nur vor dem armenischen Patriarchen in Konstantinopel schließen. Auch staatlich werde eine anderweit geschlossene Ehe in der Türkei als gültig nicht anerkannt. Infolge der Nichtigkeit der Ehe sei die Beklagte nicht berechtigt, seinen Namen zu führen. Er erhob deshalb Klage auf Unterlassung der Führung dieses Namens. — Die Klage wurde in beiden Instanzen — aber aus verschiedenen Gründen — abgewiesen. Die Revision wurde zurückgewiesen. Gründe des Rev.-Urteils:

„Unstreitig haben die Parteien ihre Ehe in Brasilien unter Beobachtung der dort vorgeschriebenen Formen vor einem Standesbeamten geschlossen. Die Ehe ist also gültig, wenn Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EinfG. z. BGB. anwendbar ist. An sich findet diese Vorschrift auch auf die Eheschließung Anwendung; denn auch diese ist vom Standpunkt des bürgerlichen Rechts aus als ein Rechtsgeschäft anzusehen. Es kann sich nur fragen, ob jene Vorschrift etwa durch Art. 13 EinfG. eine Einschränkung erfahren hat. Der Abs. 3 dieses Artikels kommt vorliegend nicht in Betracht. Aber der Art. 13 Abs. 1 unterwirft ganz allgemein „die Eingehung der Ehe" dem Personalstatut der Verlobten. Es ist dort zwar nur von dem Fall die Rede, daß einer der Eheschließenden ein Deutscher ist, und es steht im vorliegenden Fall nicht fest, daß die Beklagte zur Zeit der Heirat noch Deutsche war. Aber da sie jedenfalls keine andre Staatsangehörigkeit erlangt hatte, so ist Art. 13 nach Art. 29 EinfG. anwendbar.

By

Nicht beigetreten werden kann nun zwar der in der Literatur vertretenen Ansicht, daß der Ausdruck „Eingehung der Ehe" überhaupt nicht die Form, sondern nur die materiellrechtlichen Erfordernisse der Eheschließung begreife. Das steht mit dem Wortsinn nicht im Einklang, und dagegen spricht der Abs. 3 dieses Artikels, der besondere Vorschriften für die Form einer Ehe trifft, die im Inlande geschlossen wird. Aber trotzdem läßt der Art. 13 Abs. 1 den Art. 11 Abs. 1 Satz 2 unberührt. Es läßt sich aus Art. 13 Abs. 1 nicht entnehmen, daß die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem die Ehe geschlossen wird, nur dann genügen soll, wenn auch das ausländische Eherecht eine entsprechende Vorschrift enthält. Vielmehr hat Art. 13 Abs. 1, soweit sein Verhältnis zu Art. 11 Abs. 1 in Frage kommt, lediglich die Bedeutung, daß er die Gesetze bezeichnet, welche im Sinn des Art. 11 Abs. 1 Satz 1 für das Rechtsgeschäft der Eheschließung maßgebend sein sollen. Er ergänzt also den Art. 11 dahin, daß, wenn die Eheschließung nach Art. 11 Abs. 1 Satz 1 gültig sein soll, die Formerfordernisse des Heimatsrechts beider Verlobten beobachtet werden müssen. Der Art. 11 Abs. 1 Satz 2 ist eine ganz selbständige, für alle Rechtsgeschäfte geltende Vorschrift, in deren Bereich der Art. 13 Abs. 1 nicht eingreift. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Nach dem Bericht der Reichstagskommission v. 12. Juni 1896 (Nr. 440d der Drucks. S. 2) hat der Vertreter der Regierung, ohne Widerspruch zu finden, anerkannt, „daß bei einer im Auslande zwischen Deutschen oder zwischen Deutschen und Ausländern geschlossenen Ehe nach Art. 10 Abs. 1 Satz 2 (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes) die am Orte der Eheschließung geltenden Gesetze maßgebend" seien. Das entspricht auch der allgemein herrschenden Ansicht.

Auch das Ber.-Gericht scheint diese Ansicht zu teilen, aber den Art. 11 Abs. 1 Satz 2 um deswillen für nicht anwendbar zu halten, weil es meint, daß die nach der Behauptung des Klägers maßgebenden Vorschriften des katholisch-armenischen Eherechts materiellrechtlicher Natur seien und deshalb nach Art. 13 Abs. 1 EinfG. Anwendung hätten finden müssen. Ist dies der Sinn der nicht ganz klaren Ausführungen des Ber.-Gerichts, so könnte ihm nicht beigetreten werden. Denn unter der Form der Eheschließung ist zu verstehen sowohl die äußere Gestaltung der von den Eheschließenden abzugebenden Willenserklärungen als auch die gesamte Mitwirkung des Beamten oder Geistlichen und etwaiger Hülfspersonen einschließlich des vorangehenden Aufgebots (vgl. Zitelmann Internat. Privatr. 2, 609. 611). Ob die Formen religiöser Natur sind, kann dabei keinen Unterschied machen. Daß dies die richtige Auffassung ist, ergibt sich auch aus Art. 5 des hier sonst nicht zur Anwendung kommenden Haager Eheschließungs-Abkommens. Denn wenn der Artikel im Abs. 1 bestimmt, daß in Ansehung der Form die Ehe überall als gültig anzuerkennen ist, wenn die Eheschließung dem Gesetze des Landes, in welchem sie erfolgt ist, entspricht, und im Abs. 2 davon zugunsten derjenigen

Länder, deren Gesetzgebung eine religiöse Trauung vorschreibt, eine Ausnahme macht, so ist damit ausgesprochen, daß die Vorschriften über die religiöse Trauung Formvorschriften sind.

Die Ehe der Parteien ist daher, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, nach Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EinfG. z. BGB. gültig. Die Revision mußte daher zurückgewiesen werden, ohne daß es eines Eingehens auf die rechtlich nicht unbedenklichen Erwägungen, auf Grund deren das Ber.-Gericht zur Abweisung der Klage gelangt ist, bedurfte."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 6. April 1916. D. w. D. (OLG. Hamburg). IV. 420/15. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 47 S. 191.

---

65. Feststellung des Zeitpunktes des Todes bei der Todeserklärung.

Vgl. 69 Nr. 165 m. N.

BGB. §§ 14. 18.

Der Kläger hatte als Pfleger des Nachlasses der Eheleute F. das Ausschlußurteil des Amtsgerichts Hamburg v. 14. Juli 1915 erwirkt. In diesem Urteil war ein seit langer Zeit verschollener Verwandter der Erblasser, namens Johann Jakob Eduard F., für tot erklärt, und als Zeitpunkt seines Todes der 31. Dez. 1913, nachts 12 Uhr, festgestellt. Da sich, je nachdem der Verschollene die Erblasser überlebt hat oder nicht, die Beerbung verschieden gestaltete, hatte der Kläger ein Interesse an der richtigen Feststellung des Todestages. Da nach seiner Ansicht diese Feststellung unrichtig, nämlich auf einen viel zu späten Zeitpunkt getroffen worden ist, erhob er gemäß § 974 ZPO. Klage und beantragte, die Feststellung des Todestages auf einen erheblich früheren Zeitpunkt vorzunehmen. — In 2. Instanz wurde der Klage stattgegeben. Aus den Gründen:

„Mit Recht hat das Landgericht angenommen, daß für ein erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerl. Gesetzbuchs einzuleitendes Verfahren, welches eine Todeserklärung zum Gegenstande hat, die Vorschriften des BGB. §§ 13 bis 18 platzgreifen, gleichgültig ob die Verschollenheit oder Abwesenheit vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. begonnen hat. Es folgt dies aus den Bestimmungen der Art. 158 ff. EinfGes. z. BGB. (vgl. Staudinger Art. 158 Anm. 2b).

In der Sache selbst aber ist dem Landgericht nicht beizutreten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen gerade der 31. Dez. 1913 als Todestag gewählt worden ist. Fest steht, daß seit 1889 weder über Johann Jakob Eduard F., noch über seinen Bruder irgendwelche Nachrichten eingelaufen sind. Bezieht man nun die vom Zeugen V. bekundete Mitteilung des Gemeindevorstehers P. auf den Bruder, so würde feststehen, daß die letzte Nachricht über Johann Jakob Eduard noch weiter zurückliegen muß. In jedem Fall also kann angenommen werden, daß die letzte Nachricht spätestens

im Jahre 1889 eingetroffen ist. Da der Verschollene sein 70. Lebensjahr vollendet haben würde, bestimmt sich die Frist für die Todeserklärung auf 5 Jahre (§ 14). Entsprechend ist der Todestag zu bestimmen (§§ 18. 14). Hieraus ergibt sich als Zeitpunkt des Todes der 31. Dez. 1894 nachts 12 Uhr."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 12. Okt. 1916. Nachlaß F. w. Staatsanw. Bf. VI. 157/16. Nö.

---

66. Anfechtung eines Darlehnsversprechens wegen arglister Täuschung über die Vermögensverhältnisse, auch wenn für das Darlehn eine Hypothek bestellt wird.

Vgl. 63 Nr. 132 m. N.; 67 Nr. 6; ferner 67 Nr. 192, 243 m. N.
BGB. §§ 123. 610.

Die Klägerin kaufte am 20. Februar 1913 vom Gastwirt H. dessen Gasthof „Stadt Leipzig" in R. und erhielt von der Beklagten das Versprechen, ihr am 11. März 1913 den zur Anzahlung darauf bestimmten Betrag von 6000 ℳ gegen Hypothek darzuleihen. Da die Beklagte nachmals das Darlehn verweigerte, wurde sie von der Klägerin in einem Vorprozesse auf dessen Gewährung verklagt. Im Lauf jenes Rechtsstreits vereinbarten die Klägerin und H. die Aufhebung ihres Kaufvertrags. Die Klägerin erhob dann eine neue Klage, mit der sie von der Beklagten Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Darlehnsversprechens verlangte. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Die Frage, ob der Beklagten ein berechtigter Grund zur Anfechtung zur Seite gestanden habe, war zu bejahen. Bei Berücksichtigung der näheren Umstände muß schon allein der Grund genügen, daß die Klägerin, als sie sich das Darlehnsversprechen erteilen ließ, der Beklagten verschwieg, wie sehr ihr und ihrem Manne die Kreditwürdigkeit abging. In welchem Maße dies der Fall gewesen ist, erhellt aus der unbestrittenen Tatsache, daß Haftbefehle zur Erzwingung des Offenbarungseides wider die Klägerin am 11. März 1911, am 18. Mai, 12. Okt. und 13. Nov. 1912 wegen Schuldbeträgen von 195,40 ℳ bis herunter zu 43,76 ℳ, und wider deren Ehemann am 16. Aug. 1910, am 11. März 1911 und am 6. Nov. 1912 wegen Schuldbeträgen von 194,40 ℳ bis herunter zu 28,20 ℳ erlassen worden waren. Wenn nun auch zuzugeben ist, daß eine allgemeine Offenbarungspflicht nicht besteht, die soweit ginge, daß jemand, der einen Vertrag abschließen will, dem Anderen ungefragt alle Umstände aufzudecken hätte, die irgendwie dessen Entschließung zu beeinflussen geeignet sein könnten, so ist doch in der Rechtsprechung der Grundsatz anerkannt worden (vgl. BGB. von RGRäten zu § 123 Anm. 2 Abs. 2 und die dort angezog. Entscheidungen), daß bloßes Verschweigen den Tatbestand der arglistigen Täuschung dann erfüllt, wenn es den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht und der Andre nach redlicher Verkehrsanschauung die



erhebliche Mitteilung unter den gegebenen Umständen erwarten durfte. Nun würde es gewiß auf die persönliche Kreditwürdigkeit des Empfängers des Darlehnsversprechens wenig oder garnicht angekommen sein, wenn es sich um ein hypothekarisches Darlehn gehandelt hätte, das in der Tat lediglich auf den Realkredit abgestellt wurde; allein ein solches Darlehn kam hier nicht in Frage. Dem steht schon der Umstand entgegen, daß die Hypothek als dritte hinter 70000 ℳ auf einem Grundstück zu stehen kommen sollte, welches ohne Inventar nur 72000 ℳ wert war. Dazu kommt, daß neben der Darlehnsgewährung die Abschließung eines Bierlieferungsvertrags einhergehen sollte und es der Beklagten wegen dieses Zusammenhangs um so mehr darauf ankommen mußte, daß der Vertragsgegner ihr durch seine Persönlichkeit eine gewisse Gewähr bieten konnte, mindestens aber sich nicht in einer so bedrohten wirtschaftlichen Lage wie die Klägerin befand. — — — Das Ber.-Gericht hegt nicht den geringsten Zweifel, daß die Beklagte der Klägerin das Darlehn nicht zugesagt haben würde, wenn es die oben vorangestellten Tatsachen gekannt und darnach die Sachlage verständig gewürdigt hätte. Es ist weiter auch der vollen, aus der ganzen Sachlage geschöpften Überzeugung, daß sich dasselbe auch die Klägerin gesagt hat.

Unter diesen Umständen war letztere von dem Vorwurf arglistiger Täuschung nicht freizusprechen, die die Beklagte berechtigte, den Vertrag anzufechten. Wenn hiernach der Darlehnsvorvertrag als von Anfang an nichtig zu behandeln war (§ 142 BGB.), so war damit der Klage, mit welcher Rechte wegen seiner Nichterfüllung verfolgt werden sollen, von vornherein der Boden entzogen. — —“

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 13. März 1916. Sch. w. H. 5 O. 138/15. F—ch.

---

67. Grenzen der richterlichen Ergänzung von Lücken in einem Vertrage.

Vgl. 67 Nr. 194 m. N.
BGB. § 157.

Gegen die Auffassung des Ber.-Richters, daß das Vertragsverhältnis mit der Konk.-Eröffnung sein Ende erreicht haben sollte, wendet sich die Revision mit Recht. Der Ber.-Richter gelangt zu seiner Auffassung dadurch, daß er eine Vertragsbestimmung aufstellt, die zwar in der Vertragsurkunde nicht getroffen sei, die aber die Vertragsteile getroffen haben würden, wenn sie an die Möglichkeit des Eintritts eines gewissen Ereignisses, nämlich der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der verklagten Akt.-Gesellschaft als des einen Vertragsteils, beim Abschlusse des Vertrages gedacht hätten. Der Ber.-Richter erachtet dies als eine „ergänzende Vertragsauslegung“. Allein maßgebend ist lediglich der von den Vertragsteilen erklärte Wille. Gegenstand der Auslegung gemäß §§ 133. 137 BGB. können nur die in der Vertrags-

urkunde niedergelegten Erklärungen der Vertragsteile sein. Sind diese Erklärungen nach einer bestimmten Richtung undeutlich oder dem Sinn nach zweifelhaft, oder fragt es sich, ob nicht der Parteiwille unvollständig oder unvollkommen zum Ausdruck gelangt sei, so ist für eine Auslegung Raum. Dabei kann in letzterer Beziehung auch ein Parteiwille, der sich als selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhange der in der Vertragsurkunde niedergelegten Abreden darstellt oder aus den darin zum Ausdruck gebrachten leitenden Gesichtspunkten ergibt, als erklärt angenommen werden. Nur dies besagen auch die vom Ber.-Richter angeführten Urteile des Reichsgerichts in Gruchots Beitr. 54, 387; RGEntsch. 67, 433. Hier aber will der Ber.-Richter eine Vertragsbestimmung, die tatsächlich nicht getroffen worden ist, in die von den Vertragsteilen abgegebenen Vertragserklärungen einfügen. Es kann dahingestellt bleiben, ob es unter Umständen Aufgabe des Richters ist, eine vermeintliche Lücke in einem Vertrage auszufüllen (vgl. die Urteile in JW. 1912, 190[5]; Warneyer Rspr. 1912 Nr. 289). Jedenfalls kann für einen ergänzenden Ausspruch des Richters unter Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nur dann Raum sein, wenn ein Vertrag innerhalb seines tatsächlich gegebenen Rahmens oder innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen der Vertragschließenden eine ersichtliche Lücke aufweist; niemals aber kann von einer ergänzungsfähigen bloßen Vertragslücke die Rede sein, wenn die Ergänzung zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes selbst führen soll (vgl. Urt. des erkennenden Senats v. 19. Juni 1915, V. 51/15 in RGEntsch. 87, 211). Insbesondere ist die Einfügung einer Vertragsbestimmung, die nach der Meinung des Richters die Vertragsteile getroffen haben würden, wenn sie sich den Eintritt eines gewissen Ereignisses beim Vertragschluß vorgestellt hätten, mit der Wirkung, daß bei Eintritt des Ereignisses die Vertragsbestimmung wie eine wirklich getroffene Geltung habe, dann als unzulässig zu erachten, wenn die Vertragsbestimmung eine Änderung oder eine Einschränkung des in der Vertragsurkunde erklärten Vertragswillens enthält. Denn das, was beim Vertragschluß als Vertragswille zum Ausdruck gebracht worden ist, muß unbedingt maßgebend bleiben.

Vorliegend ist in dem Vertrage v. 31. Jan. 1913 deutlich bestimmt, daß der verklagten Akt.-Gesellschaft an dem Anwesen der Witwe S. das Nießbrauchsrecht mit der Pflicht, die Hyp.-Zinsen zu bezahlen und die öffentlichen Lasten des Anwesens zu tragen, auf die Dauer von 5 Jahren zustehen, daß sie dafür als Gegenleistung während der 5 Jahre an die Witwe S. jährlich 13000 ℳ zahlen, daß ihr während der 5 Jahre das Vorkaufsrecht in Ansehung des Anwesens zum Preise von 210000 ℳ zustehen und daß während der 5 Jahre die Witwe S. das ihr von der Beklagten gewährte Darlehn in jährlichen Beträgen von 2000 ℳ abzahlen, die Beklagte jedoch zum Abzuge der 2000 ℳ von den 13000 ℳ berechtigt sein soll. Daß diese Rechte und Pflichten

der Vertragsteile im Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der verklagten Akt.-Gesellschaft bereits vor Ablauf der 5 Jahre mit der Maßgabe ihr Ende erreichen sollten, daß der Witwe S. ein Schadenersatzanspruch wegen der vorzeitigen Beendigung erwachsen solle, davon enthält der Vertrag nichts. Vielmehr ist die fragliche Zeitdauer der Rechte und Pflichten als eine von den Vertragsteilen unbedingt gewollte festgesetzt. An diese dem Willen der Vertragsteile beim Abschluß des Vertrages entsprechende Festsetzung sind beide Vertragsteile gebunden, auch wenn sie, falls sie sich die Möglichkeit des Konkurses über das Vermögen der verklagten Akt.-Gesellschaft vorgestellt hätten, die Bestimmung getroffen haben würden, daß mit dem Eintritt des Konkurses die Rechte und Pflichten aufhören sollten. Nur durch eine neue anderweitige Vereinbarung der Vertragsteile oder durch gesetzliche Vorschriften, die zwingend in das Vertragsverhältnis eingriffen, konnte die Festsetzung der Zeitdauer eine Änderung erfahren.

Hiernach ist die Annahme des Ber.-Richters, daß mit der in Rede stehenden Konk.-Eröffnung das Vertragsverhältnis sein Ende erreicht habe, ungerechtfertigt. — — —

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 1. April 1916. S. (Kl.) w. AktGes. M. & Co. (OLG. München). V. 37/16.

---

68. Stundenfrist, Einwirkung des Sonntags. — Kriegsereignis i. S. der Unfallversicherung.*

*Vgl. 71 Nr. 10.

BGB. §§ 193. 157.

Der Mann der Klägerin war bei der der Beklagten gehörigen ... Zeitung abonniert und als Abonnent mit 1000 ℳ gegen Unfälle versichert. Er war als Kraftwagenführer zum Heeresdienst einberufen und ist bei Ausführung einer militärisch anbefohlenen Kraftwagenfahrt dadurch tödlich verunglückt, daß er beim Nebenhergehen neben dem langsam fahrenden Wagen infolge eines Stoßes unter diesen geraten und überfahren worden ist. Die auf Zahlung der Versicherungssumme von 1000 ℳ gerichtete Klage hatte das Landgericht abgewiesen, weil die Klägerin nicht die in den Versicherungsbedingungen für die Anzeige vorgeschriebene Frist von 24 Stunden eingehalten, vielmehr den Unfall, von dem sie am 4. Dezember, einem Sonnabend, vormittags Kenntnis erlangt, der Beklagten erst am 6. Dezember früh vor 9 Uhr angezeigt habe. Unter Bezugnahme auf die Versicherungsbedingungen hatte die Beklagte ihre Zahlungspflicht auch um deswillen verneint, weil es sich um ein Kriegsereignis handle und weil der Getötete den Unfall durch eigenes Verschulden verursacht habe. — Auf die Berufung der Klägerin wurde das Urteil aufgehoben und die Beklagte nach dem Antrag verurteilt. Aus den Gründen:

„Da der verstorbene Ehemann der Klägerin Abonnent der ... Zeitung gewesen ist, auch bis an sein Lebensende das Abonnentengeld pünktlich bezahlt hat, und da er infolge eines Unfalls tödlich verunglückt ist, so ist die auf Zahlung von 1000 ℳ Abonnentenversicherung gerichtete Klage nach §§ 1. 6. 18. der Bestimmungen über die Abonnentenfürsorge der ... Zeitung begründet, sofern nicht, wie die Beklagte behauptet, der Anspruch nach §§ 15. 16 das. wegen verspäteter Anzeige verwirkt ist, oder einer der von der Beklagten geltend gemachten Ausnahmefälle nach §§ 9 Nr. 5 und 7 (Kriegsereignis, eigenes Verschulden) vorliegt.

Das Landgericht hat schon das erste angenommen und deshalb die Klage abgewiesen. Aber seiner Ansicht, § 193 BGB. greife bei einer nach Stunden bemessenen Frist nicht Platz, kann nicht beigetreten werden.

Der § 193 BGB. unterscheidet nicht, ob die Frist, innerhalb deren die Erklärung abzugeben ist, eine nach Monaten, Wochen, Tagen oder eine nach Stunden bemessene ist (Staudinger BGB.⁷/⁸ 1, 684 § 193 Bem. 4). Allerdings wird bei einer Stundenfrist häufig nach dem Parteiwillen eine Berücksichtigung des Sonn- oder Feiertags i. S. des § 193 als ausgeschlossen zu gelten haben, so wenn es sich um Leistungen handelt, die nur für den bestimmten Tag Wert haben, wie Dienstleistungen zu einer Festtagsgesellschaft, Reisedroschken, Annahme der Bestellung von Theaterkarten ꝛc.

Rehbein BGB. 1, 292 §§ 186 bis 193, 2d; Oertmann Allg. Teil des BGB.², 579 § 193, 2d β; Planck BGB.⁴, 1, 502 § 193, 5.

Aber das ist nicht für Anzeigefristen wie die hier in Frage kommende anzunehmen, auf die § 193 an sich Anwendung findet (Oertmann 578, 2ca). Im vorliegenden Fall entspricht es gerade der dem § 193 zugrunde liegenden Absicht der Förderung der Sonntagsruhe, die Stundenfrist unter Auslassung des Sonntags zu berechnen. Denn dem Anspruchsberechtigten, der am Sonnabend von dem tödlichen Unfall des Versicherten erfährt, wird es meist schwierig, wenn nicht unmöglich sein, für ein rechtzeitiges Zugehen der Anzeige bei der Beklagten am Sonntag Sorge zu tragen. Und die Beklagte, deren Geschäftsräume am Sonntag infolge der Sonntagsruhe nur kurze Zeit geöffnet sind, wird vielfach garnicht in der Lage sein, Sonntags die Anzeige entgegennehmen zu können.

Da nun der Klägerin, wie die Beklagte selbst angibt, die Anzeige von dem Unfall ihres Mannes am 4. Dezember 1915, einem Sonnabend, vormittags zwischen 8 und ½9 Uhr zugegangen ist, und sie am 6. Dezember 1915 vormittags kurz vor 9 Uhr — also offensichtlich alsbald nach Eröffnung des Geschäftslokals der Beklagten — den Unfall bei der Beklagten gemeldet hat, so ist die Anzeige als rechtzeitig bewirkt anzusehen. Denn die Bestimmung in § 15 der Versich.-Bestimmungen ist gemäß §§ 157. 242 BGB. bezüglich des Umfangs der Frist dahin auszulegen, daß eine geringfügige Überschreitung von etwa ¼ bis ½ Stunde nicht in Betracht kommt, sowie weiter dahin,

daß maßgebend für den Beginn der Anzeigefrist die Kenntnis des Anspruchsberechtigten vom Tode des Versicherten ist, nicht etwa der möglicherweise schon Tage zuvor liegende tödliche Unfall. Wollte man das letztere annehmen, so würde der Versicherungsanspruch in einer großen Anzahl von Fällen hinfällig sein, weil dem Berechtigten eine rechtzeitige Anzeige garnicht mehr möglich wäre.

Auch auf § 9 Nr. 7 Vers.-Bestimmungen kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg berufen. Danach sind von der Versicherung ausgeschlossen:

Unfälle, die der Versicherte erleidet: . . . durch Kriegsereignisse oder vorbereitende Maßnahmen zum Schutze gegen zukünftige Angriffe und durch Nachwirkungen der vom Angreifer oder Verteidiger wegen des Krieges vorgenommenen Handlungen, gleichviel ob Zivil- oder Militärpersonen betroffen werden.

Es genügt also nicht, daß der Unfall bei Gelegenheit eines Kriegsereignisses oder einer Kriegsmaßnahme sich ereignet, er muß vielmehr durch ein bestimmtes Kriegsereignis oder durch eine der erwähnten Maßnahmen, z. B. durch ein Bombardement, einen Fliegerangriff u. dgl. herbeigeführt sein. Es genügt auch nicht, daß sich der Verunglückte in Kriegsdienst befand, wie anderseits unter die Ausnahmebestimmung auch Unfälle fallen, die eine Zivilperson durch ein Kriegsereignis erleidet. Hier befand sich der Mann der Klägerin zwar in Kriegsdienst und der Unfall ereignete sich bei Ausführung einer militärisch anbefohlenen Fahrt. Aber diese Fahrt war, wie sich aus der Aussage des Zeugen G. ergibt, keine solche, mit der eine besondere, durch den Krieg verursachte erhöhte Gefahr verbunden war. Sie fand statt im Etappen-, nicht im Operationsgebiet, zur Tageszeit — nach $^1/_2$9 Uhr vormittags — und in langsamem Zeitmaß. Der Wagen war mit Brettern beladen, die aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu einer Verteidigungs- oder Angriffsmaßnahme, etwa für einen Schützengraben verwendet werden sollten, sondern zum Bau einer Baracke bestimmt waren. Es handelte sich also um eine Fahrt, wie sie in derselben Weise auch in Friedenszeiten im Inland stattzufinden pflegt; irgendwelche Erhöhung der Gefahr durch die Kriegslage ist nicht ersichtlich. Eine Berufung der Beklagten auf § 9 Nr. 7 Vers.-Bestimmungen erscheint daher ausgeschlossen.

Endlich lassen die Angaben des Zeugen G. auch nicht erkennen, daß der Getötete den Unfall durch eigene Fahrlässigkeit oder durch Nichtbeachten besonderer Vorschriften verschuldet habe. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 16. Januar 1917. A. w. J. 7 O. 116/16. — e —

---

69. Einfluß des Konkurses auf eine Unterbrechung der Verjährung durch Klagerhebung.

(Vgl. 43 Nr. 53.)

BGB. § 211 Abs. 2; ZPO. § 240.

Ohne Rechtsirrtum nimmt das Landgericht an, daß der eingeklagte Anspruch aus dem Werkvertrage nicht früher verjährte als in vier Jahren vom

Schluß des Kalenderjahrs an, in welchem die einzelnen den eingeklagten Anspruch bildenden Forderungen fällig geworden waren. Das Ber.-Gericht schließt daraus mit Recht, daß die Verjährung jedenfalls noch rechtzeitig durch die am 22. März 1904 in der Verhandlung vor dem Landgericht erfolgte Geltendmachung des neuen Klagegrundes unterbrochen ist.

Nun ist zwar im Lauf der Ber.-Instanz der Prozeß zum Stillstand gekommen. Nach dem Tatbestande des angegriffenen Urteils ist die Verhandlung des Rechtsmittels auf Antrag der Parteien von Termin zu Termin vertagt, bis sich im Termin v. 16. Sept. 1908 herausstellte, daß über das Vermögen des Klägers das Konk.-Verfahren eröffnet war. Das letztere wurde im Jahre 1911 aufgehoben. Darauf nahm der Kläger durch Zustellung des Schriftsatzes v. 9. Dez. 1911 das Verfahren auf.

Mit der Eröffnung des Konk.-Verfahrens ist das Prozeßverfahren in der Ber.-Instanz gemäß § 240 ZPO. unterbrochen, und diese Unterbrechung hat, da eine Aufnahme nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen nicht stattfand, bis zu der im Jahre 1911 erfolgten Aufhebung des Konkurses gedauert. Der Stillstand des gegenwärtigen Prozeßverfahrens in 2. Instanz, der für die Dauer des Konkurses eingetreten ist, war aber, wie das Ber.-Gericht zutreffend annimmt, nicht geeignet, die am 22. März 1904 eingetretene Unterbrechung der Verjährung des eingeklagten Anspruchs gemäß § 211 Abs. 2 BGB. zu beendigen und eine neue Verjährung beginnen zu lassen. Denn damit der Stillstand des Verfahrens diese Wirkung habe, muß er infolge einer Vereinbarung der Parteien oder dadurch, daß der Prozeß nicht weiter betrieben wird, eingetreten sein. Hier aber ist der Stillstand eingetreten kraft Gesetzes infolge der Konk.-Eröffnung, und zwar für die ganze Dauer des Konkurses, da die eingeklagte Forderung zur Konk.-Masse gehörte. Ein aus diesem Grunde eingetretener Stillstand läßt nicht eine durch Klagerhebung unterbrochene Verjährung endigen und eine neue wieder beginnen. Die Unterbrechung der Verjährung endet vielmehr erst und eine neue Verjährung kann erst beginnen, wenn die durch die Konk.-Eröffnung eingetretene Unterbrechung des Verfahrens aufgehört hat und nun der Prozeß nicht weiter betrieben wird (RGEntsch. 72, 187). Eine neue Verjährung konnte also im vorliegenden Fall nicht vor der im Jahre 1911 erfolgten Aufhebung des Konkurses beginnen, und dies auch nur dann, wenn der Kläger dann den Prozeß hätte liegen lassen, was weder feststeht noch von dem Beklagten behauptet ist.

Hiernach bedurfte es nicht der von der Revision vermißten Feststellung, wann der Konkurs über das Vermögen des Klägers eröffnet sei, und das Ber.-Gericht war daher nicht veranlaßt, wie die Revision meint, gemäß § 139 ZPO. auf Angabe des Tages der Konk.-Eröffnung hinzuwirken. Als früheste Zeit der Konk.-Eröffnung konnte auch nach Ansicht der Revision das Jahr 1906 in Frage kommen. Der Konkurs würde dann 5 Jahre gedauert haben. Während dieser Zeit, also seit 1906, hätte allerdings der Gemeinschuldner wirksame

Prozeßhandlungen nicht vornehmen können, aber es hätte dann wegen des Konkurses auch eine neue Verjährung nicht beginnen können. Zwar hätte der Konk.-Verwalter nach § 10 KO. den Prozeß aufnehmen oder die Aufnahme ablehnen können, in welch letzterem Fall der Gemeinschuldner den Prozeß aufnehmen konnte. Aber der Konk.-Verwalter hat weder das eine noch das andre getan. Er hat es unterlassen, den Prozeß aufzunehmen; der Beklagte hat an seiner Befugnis, ihn gemäß § 239 ZPO. zur Aufnahme zu veranlassen, keinen Gebrauch gemacht. Infolge der Unterlassung des Konk.-Verwalters hat die Unterbrechung des Prozesses bis zur Aufhebung des Konkurses fortgedauert. Der während der ganzen Dauer der Unterbrechung des Prozesses, wenn diese Dauer auch durch die Unterlassung des Konk.-Verwalters verlängert war, eingetretene Stillstand des Verfahrens hatte aber nicht die Wirkung, die bereits durch Klagerhebung bewirkte Unterbrechung der Verjährung zu beendigen und eine neue Verjährung in Lauf zu setzen. Es konnte also nicht, wie die Revision meint, weil der Konk.-Verwalter infolge Unterlassung der Aufnahme seinerseits den Prozeß mehr als 4 Jahre ruhen ließ, während der Dauer des Konkurses eine neue Verjährung von 4 Jahren beginnen und sich vollenden. Zwar hatte der Konk.-Verwalter nach § 6 KO. das Verfügungsrecht über die eingeklagte Forderung auszuüben, und seine Rechtshandlungen und Unterlassungen mit Bezug auf dieselbe haben Wirkung gegen den Gemeinschuldner. Allein seine Unterlassung bewirkte hier nur die Fortdauer der durch die Konk.-Eröffnung eingetretenen Unterbrechung des Prozesses, und dadurch, daß während dieses Zeitraums der Prozeß nicht vom Konk.-Verwalter betrieben wird, wird nach § 211 Abs. 2 BGB. eine durch den Prozeß bereits herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung nicht beendigt.

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 26. Sept. 1916. C. (Bkl.) w. Nachl.-Konk. S. (OLG. Colmar). II. 248/16.

---

70. Beim inländischen Abladegeschäft berechtigt die Nichteinhaltung der Abladezeit nicht zum Rücktritt.

Vgl. 56 Nr. 246 m. N.; auch 66 Nr. 202.
BGB. §§ 271. 326. 361; HGB. § 376.

Die Verkehrsanschauung, welche beim Kaufgeschäft betreffend Waren, die über See abzuladen sind, in der Vereinbarung einer bestimmten Abladezeit eine so wesentliche Vertragsbestimmung sieht, daß bei ihrer Nichtinnehaltung der Käufer den Vertrag nicht als erfüllt gelten zu lassen braucht, gilt für den binnenländischen Verkehr nicht. Das ist gerichtsnotorisch und wird bestätigt durch die vom Landgericht eingeholten Auskünfte des Vorstandes des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse. Die im Schlußschein enthaltene Klausel „Mai-Verladung ab Aken" bedeutet daher nichts andres

als die Festsetzung einer Leistungszeit für die Klägerin. Wenn, wie zugunsten des Beklagten unterstellt werden mag, die Klägerin, trotz rechtzeitig erhaltener Verladeanforderung, diese Zeit nicht innegehalten hat, somit in Verzug geraten ist, dann hätte der Beklagte gemäß § 326 Abs. 1 BGB. vorgehen müssen; ein Rücktrittsrecht ohne Fristfestsetzung stand ihm nicht zu, da weder ein Fall von § 376 HGB. vorliegt, noch die Voraussetzungen von § 326 Abs. 2 BGB. dargetan oder auch nur behauptet sind. Durch seinen unberechtigten Rücktritt hat der Beklagte sich selbst in Verzug gesetzt. Da Klägerin ihm, wie das eigene Schreiben des Beklagten ergibt, zur Aufnahme des Ladescheins eine Frist gesetzt hat die fruchtlos abgelaufen ist, ist Klägerin berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 1. Nov. 1916. F. R. & Co. (Kl.) w. H. Bf. I. 96/16. B.

---

71. Gattungskauf, obgleich der Verkäufer aus einem bestimmten Lande zu liefern beabsichtigte.

Vgl. 35 Nr. 116 m. N.; 65 Nr. 160.
BGB. §§ 480. 279.

Die Klägerin hatte der Beklagten im Februar 1914 Zinn verkauft. Die Schlußnote enthielt folgende Klauseln:

Cif Lübeck oder Stettin, netto Cassa gegen Dokumente bei Eintreffen des Dampfers (oder des Eisenbahnwagens) am Bestimmungsort, unbehinderte Schiffahrt vorbehalten, glückliche Ankunft in Schweden, glückliche Ausfuhr aus Schweden, glückliche Ankunft in Deutschland vorbehalten, ebenso Ausfuhrmöglichkeit von England.

Die Beklagte verlangte aufrechnend Schadenersatz wegen Nichtlieferung der Ware, der ihr in 2. Instanz zugesprochen wurde. Aus den Gründen:

„Verkauft waren nach dem Bestätigungsschreiben der Klägerin rund 5 Tonnen 99prozentiges Lamm- und Flagzinn in Blöcken, also nur der Gattung nach bestimmte Sachen und nicht, wie die Klägerin meint, eine einzelne von ihr in Schweden angekaufte, aus England einzuführende Partie. Den in den Vertrag aufgenommenen Befreiungsklauseln ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Sie zeigen nur, daß die Klägerin beabsichtigte, den Vertrag zu erfüllen durch Lieferung einer Ware, die von England nach Schweden und von dort weiter nach Deutschland ausgeführt werden sollte. Es ist aber klar, daß eine Verpflichtung der Klägerin zur Lieferung einer solchen Ware von ihr nicht übernommen war. Sie hätte auf den Vertrag auch eine Ware liefern können, die schon in Deutschland oder Schweden lagerte. Schon deshalb ist es ausgeschlossen, die Klauseln im Sinne der Klägerin auszulegen. Sie sind für die Frage nach dem Gegenstande des Vertrages ohne Bedeutung. Sachverständige über eine gegenteilige Auslegung zu hören, ist nicht erforderlich.

War aber im Vertrage der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat die Klägerin, solange die Leistung aus der Gattung möglich war, ihr Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihr ein Verschulden nicht zur Last fiel (§ 279 BGB.). Sie kann daher ihre Haftung für den der Beklagten entstandenen Schaden nicht schon durch den Nachweis abwenden, daß sie von ihrer schwedischen Verkäuferin die gekaufte Ware nicht habe erhalten können, sondern sie müßte behaupten und beweisen, daß es für sie bis zum Ablauf der Lieferungszeit ohne ihr Verschulden überhaupt nicht möglich gewesen sei, Ware der verkauften Art hereinzubekommen. Eine solche Behauptung hat sie aber nicht aufstellen können, sie hat vielmehr zugeben müssen, daß während jenes Zeitraums einzelne Pöste Zinn aus England über Schweden nach Deutschland eingeführt worden sind, und es steht auch unbestritten fest, daß sie selbst der Beklagten bald nachher, nämlich am 23. März 1915, 297 Blöcke derselben Ware — allerdings zu einem um 35 ℳ für 100 kg höheren Preise — geliefert hat. Vergeblich beruft sich die Klägerin dieser Sachlage gegenüber auch auf die Befreiungsklauseln des Vertrages, denn durch sie wäre sie nur geschützt, wenn zu der in Betracht kommenden Zeit eine Ausfuhr von Waren der hier fraglichen Art aus England nach Schweden und von dort weiter nach Deutschland überhaupt nicht hätte erfolgen können, während das Gegenteil feststeht. Es besteht kein Streit, daß ein englisches Ausfuhrverbot für Metallwaren überhaupt nicht bestanden hat und daß ein Ausfuhrverbot für Schweden erst später, nämlich Ende März 1915, erlassen worden ist. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 26. Sept. 1916. K. (Kl.) w. Fl. Bf. III. 42/16. B.

---

72. Die Verträge der Theaterdirektoren mit den Schauspielern und Sängern sind Dienstverträge*. Üblichkeit schriftlicher Form.

*Vgl. 58 Nr. 68; 62 Nr. 197; auch 56 Nr. 221. 222.
BGB. §§ 611 ff.; 127. 154 Abs. 2.

Der Kläger war von der Beklagten für ihre Bühne durch schriftlichen Vertrag v. 26. Aug. 1915 als jugendlicher Heldentenor für die Zeit vom 1. Okt. 1915 bis 30. April 1916 mit einem Monatsgehalt von 300 ℳ unter der Vereinbarung verpflichtet worden, daß der Vertrag für die nächste Spielzeit weiter laufen solle, falls er nicht vor dem 1. März 1916 gekündigt würde. Mit Schreiben v. 23. Febr. 1916 kündigte die Beklagte dem Kläger seine Stelle mit Rücksicht auf die politische Lage. Der Kläger begehrte nunmehr die Feststellung, daß er auf Grund eines am 10. Jan. 1916 abgeschlossenen mündlichen Vertrags von der Beklagten für ihre Oper auch für die Zeit vom 1. Okt. 1916 bis 30. April 1917 einschließlich der in die Monate Mai mit September 1916 fallenden Spielzeit gegen ein Monatsgehalt von 500 ℳ als Sänger angestellt sei. — Das Landgericht wies die Klage ab; das Ber.-Gericht gelangte gleichfalls zu dem Schluß,

daß der Kläger am 10. Jan. 1916 von der Beklagten nicht fest für die nächste Spielzeit verpflichtet worden sei, und nahm ferner als erwiesen an, daß die Beklagte mit dem Kläger am 10. Jan. 1916 einen Anstellungsvertrag überhaupt nicht abgeschlossen habe. Es wies deshalb die Berufung des Klägers zurück; dabei wurde u. a. folgendes ausgeführt:

„Die Verträge der Theaterdirektoren mit den Schauspielern und Sängern, die sie für die von ihnen geleiteten Bühnen auf eine bestimmte Zeit verpflichten, sind Dienstverträge i. S. der §§ 611 ff. BGB.;

vgl. Saeger in BraunschwZ. 58, 104; Stadelmann Impresariovertrag 22; Marwitz Bühnen.-Eng.-Vertrag 4 ff.; Goldbaum Rechte und Pflichten des Schauspielers; Entsch. des ReichsG. 28, 278; OLGRspr. 6, 82; 22, 161; Recht 1904, 602 [2601].

Für den Charakter dieses Vertrags als auf Werkverdingung gerichtet spricht sich das bayerische ObLG. im Urteil v. 21. Jan. 1901 (Samml. 2, 33 und SeuffBl. 66, 333) aus, ohne daß ihm beigetreten werden könnte. Die Sänger und Schauspieler sind nicht als gewerbliche Arbeiter anzusehen (RGEntsch. 41, 55; GruchotBeitr. 45, 1078). Da auch der Theaterunternehmer nur Sollkaufmann i. S. des § 2 HGB. ist (Staub HGB. Anm. 3 zu § 2 und Anm. 9, 42 zu § 1), kann der Bühnendienstvertrag kein Handelsgeschäft sein.

Der Abschluß eines solchen Vertrags ist daher nur nach §§ 611 ff. BGB. zu beurteilen. — — — Für Dienstverträge herrscht der allgemeine Grundsatz der Formfreiheit. In Theaterkreisen ist jedoch ausnahmslos der schriftliche Abschluß aller Dienstverträge mit Schauspielern und Sängern üblich. Dies geschieht nicht bloß zur Herstellung der den Beweis ermöglichenden Urkunden für die Archive der Theaterdirektionen, sondern zur Festlegung der eingehenden Bestimmungen über Spielgelder, Gastspiele, Urlaub u. a. Nach dem übereinstimmenden Willen beider Vertragsteile ist die Gültigkeit des Anstellungsvertrags der Sänger und Schauspieler von seiner schriftlichen Abfassung abhängig (§§ 127. 154 Abs. 2 BGB.). Auch aus diesem Grunde kann ein rechtswirksamer Anstellungsvertrag vom Kläger mit der Beklagten mündlich nicht abgeschlossen worden sein. — — —“

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 29. Dez. 1916. K. w. H. L. 429/16.
F—z.

---

73. Keine Mäklergebühr bei aufschiebend bedingtem Geschäft.

Vgl. 45 Nr. 13; 71 Nr. 113. 248.
BGB. §§ 652. 162.

Die Schlußnote v. 19. Juni 1916 enthält die Klausel: „Auf Besicht; Besicht und Entscheidung im Lauf des heutigen Tages“. Da im Lauf des 19. Juni nicht die Billigung der Käuferin erklärt worden ist, so ist die aufschiebende Bedingung, unter der der Kauf geschlossen war, nicht eingetreten (§§ 495. 496 BGB.). Nach § 652 Abs. 1 Satz 2 kann somit Mäklerlohn nicht

verlangt werden. Natürlich ist diese Bestimmung nachgiebiger Natur. Daß aber hier das Gegenteil, wie das Landgericht annimmt, ausdrücklich vereinbart sei, ist aus den Worten „Courtage 1%" nicht zu entnehmen; sie bestimmen nur die Höhe der Courtage, ohne festzusetzen, daß sie unbedingt geschuldet sei. Eine Rechtsüberzeugung der Kaufmannschaft, daß für aufschiebend bedingte Geschäfte bei Ausfall der Bedingung Courtage zu zahlen sei, wäre, weil unrichtig, nicht zu beachten. Ein dahingehender Handelsgebrauch aber, der nach HGB. § 346 für die Auslegung des vorliegenden Mäklervertrages in Betracht kommen würde, liegt nicht vor; denn, wie dem Ber.-Gericht aus einer Anzahl von Streitsachen bekannt, ist die Frage, ob für die Vermittlung eines bedingten Geschäfts im Fall des Ausfalls der Bedingung Courtage zu zahlen ist, in Handelskreisen außerordentlich streitig.

Der Beklagte soll, wie Kläger behauptet, durch Andienung unkontraktlicher Ware den Eintritt der Bedingung verhindert haben. Das ist bedeutunglos, sofern nicht ein Handeln wider Treu und Glauben vorliegt (vgl. § 162 BGB.), wofür nichts beigebracht ist. Unmittelbar kommt übrigens § 162 im Verhältnis der Parteien garnicht in Betracht, denn nicht der Mäklervertrag, sondern der Kaufvertrag ist unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen. Freilich ist der Auftraggeber auch dem Mäkler gegenüber verpflichtet, den Eintritt der Bedingung des Kaufvertrages nicht wider Treu und Glauben zu verhindern (Hans. OLG. 6. Senat in OLGRspr. 20, 216). Daraus folgt aber nicht allgemein eine Vertragspflicht des Verkäufers gegenüber dem Mäkler, dem Käufer kontraktliche Ware zu liefern. Sicherlich nicht beim Kauf auf Probe, bei dem der Käufer die Ware, gleichviel ob kontraktlich oder nicht, nach freiem Belieben ablehnen kann.

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 13. Dez. 1916. L. w. H. Bf. I. 313/16. Nö.

---

74. Mäklerlohn trotz Widerrufs des Auftrags und Unterbrechung der Verhandlungen, wenn der ursächliche Zusammenhang des Kaufs mit dem Nachweis feststeht.

Vgl. 60 Nr. 100 m. N.; 61 Nr. 200.
BGB. § 652.

Der Beklagte hatte den Agenten B. mit dem Verkauf seines Wirtschaftsgrundstücks beauftragt und sich verpflichtet, „für den Nachweis eines Käufers oder für die Vermittelung des Verkaufs" eine Provision zu zahlen. Hiernach hatte B. die Provision bereits verdient, wenn er dem Beklagten einen Kaufliebhaber nachwies und mit diesem infolge seines Nachweises der Kauf zustande kam, auch wenn er eine weitere vermittelnde Tätigkeit nicht entfaltete. Wie erwiesen ist, hat B. dem Beklagten den Gastwirt H. nachgewiesen und diesen auf das Grundstück aufmerksam gemacht; H. hat sich daraufhin zu

dem Beklagten begeben und später hat er von ihm das Grundstück gekauft. Hiernach hat B. den Anspruch auf die Provision erlangt, wenn der Kauf infolge seines Nachweises geschehen ist, und hierfür würde nach der Sachlage bereits eine Vermutung sprechen, wenn es nur auf den ursprünglichen Auftrag ankäme (vgl. RG. in JW. 1902 Beil. S. 282). Der Beklagte hat aber geltend gemacht, daß er den dem B. erteilten Auftrag widerrufen habe, daß die Verhandlungen mit H. vollständig abgebrochen seien, und daß der Kauf erst infolge der Bemühungen zustande gekommen sei, welche nachher der Agent G. in seinem Auftrage aufgewandt habe.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme muß allerdings angenommen werden, daß der Beklagte den erteilten Auftrag zurückgenommen hat. Da er bei Erteilung des Auftrages auf den Widerruf nicht verzichtet hatte, war die Zurücknahme zulässig. Sie vermag aber dem B. seinen Provisionsanspruch nicht zu entziehen, wenn der nach dem Widerruf erfolgte Kaufabschluß doch auf den Nachweis des B., wenn auch nicht als die einzige oder hauptsächliche Ursache zurückzuführen ist. Wie die Motive zum BGB. (2, 512 ff.) ausführen, ist in einem solchen Fall unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände zu prüfen, ob nicht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluß des Geschäfts dennoch besteht (vgl. auch Komm. von RGRäten § 652 Bem. 2c sowie v. Staudinger § 652, II, 2a α bes. Abs. 2, III, 5d und e und die hier angeführten Entscheidungen). Fraglich kann dabei allerdings sein, ob die vorerwähnte Vermutung auch besteht, wenn der Kaufabschluß erst nach dem Widerruf erfolgt; die Beantwortung dieser Frage ist aber im vorliegenden Falle nicht nötig, da der ursächliche Zusammenhang als erwiesen anzusehen ist.

Denn H. hat zwar die Verhandlungen abgebrochen als eine Einigung über die Anzahlungsbedingungen zunächst nicht zu erzielen war, und es haben dann 4 bis 6 Wochen lang keine Verhandlungen stattgefunden; erst der Agent G. hat sie wieder in Gang gebracht, indem er dem H. günstigere Anzahlungsbedingungen bot. Daß aber der Beklagte und G. den H. als einen Mann kannten, der geneigt war, das Grundstück zu kaufen, verdanken sie lediglich der Tätigkeit des B. Bei seinem ersten Besuche im Lokal des Beklagten hatte H. dort den G. angetroffen und ihm gleich erklärt, daß er durch B. von der Sache Kenntnis erlangt habe. Als die Verhandlungen stockten, brauchte G. weitere Nachforschungen nach der Kauflust des H. nicht anzustellen; es genügte zur Wiederanknüpfung zunächst, daß der Beklagte die Bedingungen, an denen H. Anstoß genommen hatte, abänderte und daß dieser davon benachrichtigt wurde. Daß H. selbst trotz des zeitweiligen Abbruchs der Verhandlungen und des Dazwischenkommens von G. die Mitteilung durch B. als die erste Veranlassung des Kaufhandels ansah, hat er dadurch gezeigt, daß er während der neuen Verhandlungen dem B. mehrfach Nachricht über ihren Stand gegeben hat. Somit ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des B. und dem späteren

Kaufabschlusse gegeben; die Mitwirkung des G. und die zeitweilige Unterbrechung der Verhandlungen sind ohne Belang; vgl. OLG. Hamburg in OLGRspr. 14, 29 und OLG. Karlsruhe dort 28, 199;

in den hier entschiedenen Fällen waren die Verhandlungen sogar drei und mehr als sechs Monate unterbrochen gewesen.

Urteil des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 22. Okt. 1915. V. w. W. Ve. 263/15. K—n.

---

75. Einrede der Arglist gegen die Berufung darauf, daß auch die Rückforderung des Gegners gegen die guten Sitten verstoße.

Vgl. 71 Nr. 163 m. N.
BGB. § 817 Satz 2.

Die Klägerin klagte gegen die Testamentserben ihres geschiedenen Mannes auf Zahlung von 150000 ℳ, die sie nach einem vor der Scheidung mit ihrem Mann geschlossenen Erbvertrage erhalten sollte. Während des Ehescheidungsstreits war zwischen den Streitteilen ein Vergleich geschlossen, wonach der Frau außer andern Vorteilen 150000 ℳ als Abfindung ausgezahlt werden sollten, und der Vergleich war ausgeführt worden. — Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Zugunsten der Klägerin wird in dem Ber.-Urteil unterstellt, daß der Vergleich v. 14. März 1910 nichtig gewesen sei, weil er dazu gedient habe, die Klägerin zur Zurücknahme der Berufung gegen das auf Scheidung lautende erstinstanzliche Urteil zu bestimmen und auf diese Weise die sonst nicht mit Sicherheit zu erreichende Scheidung der Ehe herbeizuführen, weil somit der Vergleich die Erleichterung der Ehescheidung bezweckt habe. Aber auch von diesem Standpunkt aus gelangt das Kammergericht zur Abweisung der Klage:

Aus der Nichtigkeit des Vergleichs würde an sich folgen, daß der Erbvertrag v. 30. März 1908 durch den Vergleich nicht aufgehoben sei, der Klägerin also ihre etwaigen Ansprüche aus diesem Erbvertrage nicht genommen seien. Hier liegt nun aber der Fall so, daß die Klägerin unstreitig die im Vergleich v. 14. März 1910 ausgesetzte Abfindung von 150 000 ℳ gezahlt erhalten hat, wie auch die übrigen in dem Vergleich festgesetzten Nebenleistungen unstreitig von ihrem Ehemanne bewirkt worden sind. Außer diesen 150 000 ℳ verlangt Klägerin noch die Zahlung der im Erbvertrage v. 30. März 1908 ihr versprochenen 150 000 ℳ, indem sie sich auf die Vorschrift des § 817 BGB. beruft, wonach der Empfänger einer gegen die guten Sitten verstoßenden Leistung, sofern der Verstoß nicht bloß ihm, sondern auch dem Leistenden zur Last fällt, zur Herausgabe nicht verpflichtet ist. Diesen Anspruch, der dazu führen würde, daß die Klägerin die 150 000 ℳ zweimal erhielte, hat das Kammergericht unter der Begründung aberkannt, daß dem Anspruch die Einrede der Arglist entgegenstehe. Arglistig handle, wer sich auf die Nichtigkeit eines von ihm selbst geschlossenen Vertrages berufe, um sich Vorteile zu verschaffen. Die Klägerin wollte das behalten, was sie auf Grund des nach ihrer Behauptung sittenwidrigen Vergleichs erhalten habe, sie fordere aber außerdem das, was sie zur Erlangung dieser Vorteile in dem Vergleich aufgegeben habe. Ein solches Verhalten verstoße gegen Treu und Glauben

und gegen das Anstandsgefühl aller billig Denkenden. Einem in dieser Weise begründeten Anspruch sei der Rechtsschutz zu versagen.

Dieser Entscheidung kann trotz der von der Revision erhobenen Ausstellungen im wesentlichen nur beigepflichtet werden.

Die Abweisung des Anspruchs würde nicht dem geringsten Zweifel unterliegen können, wenn angenommen werden könnte, was im Ber.-Urteil nicht festgestellt ist, daß die im Vergleich v. 14. März 1910 bedungenen, sofort zahlbaren 150000 ℳ mit den im Erbvertrage v. 30. März 1908 ausgesetzten 150000 ℳ vollständig identisch wären. Durch Empfang der aus ersterem Vertrage gezahlten 150000 ℳ würde die Klägerin dann zugleich wegen ihres Anspruchs aus dem Erbvertrage befriedigt sein. Eine ähnliche Rechtslage ergibt sich jedoch im vorliegenden Fall, wo die zur Abfindung aller Ansprüche an die Klägerin aus dem Vergleich gezahlten 150000 ℳ zugleich einen Ersatz für die fortfallenden 150000 ℳ aus dem Erbvertrage bilden sollten, auch bei Anwendung des § 817 BGB. . Dieser Vorschrift kann nicht, wie die Revision will, die Bedeutung einer Strafvorschrift beigelegt werden. Wäre dieser Standpunkt richtig, so würde kein Bedenken dagegen zu erheben sein, daß die Klägerin die Leistungen aus dem sittenwidrigen Vergleich behält und einen weiteren Vermögensvorteil durch Geltendmachung der Rechte aus dem durch den Vergleich aufgehobenen Erbvertrag erstrebt, daß also die Beklagten strafweise zur doppelten Leistung herangezogen werden. Der von der Revision eingenommene Standpunkt entspricht jedoch nicht dem Gesetze. Nach § 817 soll der Empfänger einer verwerflichen Leistung aus dem Empfange keinen Vorteil ziehen. Er ist deshalb zur Herausgabe verpflichtet. Anders ist es, wenn außer dem Empfänger auch der Geber gegen die guten Sitten verstoßen hat. In diesem Fall soll an dem tatsächlich bestehenden Zustande nichts geändert werden. Das Gesetz stellt, da es kein Interesse hat, den einen Teil vor dem andern zu begünstigen, keinem der beiden Teile einen Rechtsbehelf zur Verfügung, um eine Änderung der tatsächlich bestehenden Vermögenslage herbeizuführen. Mit diesem Grundgedanken würde aber das Gesetz in Widerspruch geraten, wenn es dem Empfänger gestatten wollte, das ihm Geleistete zu behalten und außerdem die aus der Nichtigkeit des Geschäfts sich ergebende Forderung auf eine weitere Leistung, die zur Erlangung der neuen Leistung aufgegeben ist, durchzusetzen. Der Empfänger würde sich dadurch eine ganz ungerechtfertigte Vergünstigung unter Änderung des bestehenden Zustandes verschaffen, die nicht vom Gesetze gewollt ist.

Mit Recht hat deshalb der Ber.-Richter die Einrede der Arglist für durchgreifend erachtet. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Einrede ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt;

vgl. JW. 1900, 322 [30]; RGEntsch. 57, 376, in SeuffA. 60 Nr. 141; 58, 356. 429; 64, 220; 71, 434; 78, 282; 86, 192.

Kann auch die Einrede der Arglist nicht dazu verwandt werden, einer jeden

unbilligen Rechtsverfolgung entgegenzutreten (vgl. RGEntsch. 86, 194), so ist doch sicher eine solche Einrede dann nicht zu versagen, wenn sie dazu dient, einer gesetzlichen Bestimmung in ihrer Anwendung diejenige Begrenzung zu geben, die aus dem Inhalt des Gesetzes selbst erkennbar ist. Aus § 817 ist aber erkennbar, daß es eine dem Gesetze zuwiderlaufende unbillige Rechtsverfolgung sein würde, wenn der Empfänger außer den Vorteilen des § 817 Satz 2 auch die Vorteile aus der Nichtigkeit des Geschäfts in Anspruch nehmen könnte. Eine ganz ähnliche Rechtsanschauung hat das Reichsgericht bereits in einer andern Frage, bei der Beurteilung der aus der Ungültigkeit des Bordellkaufs entstehenden Folgen, zur Geltung gebracht. In dem Urteil RGEntsch. 71, 432 hat das Reichsgericht entschieden, daß der Käufer, der zur Herausgabe des Bordellgrundstücks nicht bereit ist, die Nichtigkeit des Geschäfts nicht benutzen darf, um den nach § 817 Satz 2 an sich statthaften Anspruch auf Befreiung von der Bordellhypothek, deren Bestellung nicht die Erfüllung sondern die Eingehung einer Verbindlichkeit darstellt, durchzusetzen (RGEntsch. 68, 103, in SeuffA. 64 Nr. 63). Es wird hier ausgeführt, der Kläger verlange zu viel, wenn er Befreiung von seiner Verbindlichkeit begehre und das auf unsittliche Weise Erlangte nicht herausgeben, sondern unentgeltlich behalten wolle. Dieses Verhalten sei arglistig und verstoße sowohl gegen die Grundsätze von Treu und Glauben als auch gegen alles Anstands- und Rechtsgefühl; ein solches Verhalten könne durch die Rechtsordnung nicht geschützt werden. Es sei unbedenklich, der Einrede der Arglist, die zu einem ähnlichen Ergebnisse führe wie die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, bei Anwendung der Rechtsgrundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung Raum zu gewähren, denn Treu und Glauben und gute Sitte beherrschten den gesamten Rechtsverkehr und kämen überall zur Geltung, wo mit Sicherheit anzunehmen sei, daß der Gesetzgeber diese Grundsätze angewendet wissen wolle, um einem damit in Widerspruch stehenden Gebaren seinen Schutz zu versagen. Von dieser Rechtsauffassung ist das Reichsgericht auch nicht abgewichen in den Entsch. 78, 282 und 86, 192 mitgeteilten Urteilen. In dem ersten Urteile wurde die Klage auf Herausgabe des Bordellgrundstücks abgewiesen, weil der Beklagte sich lediglich ablehnend verhielt, nicht seinerseits Ansprüche aus der Nichtigkeit des Vertrags erhob. Das letzte Urteil endlich behandelt einen besondersartigen Fall, in welchem die Beklagten Teilzahlungen auf den Kaufpreis geleistet hatten, deren Zinsertrag jedoch den Klägern kein hinreichendes Entgelt für die ihnen entzogenen Grundstücksnutzungen der Zwischenzeit gewährte, und zu weiteren Abschlagszahlungen nicht bereit waren. Die Einrede der Arglist wurde hier gegenüber dem auf das Eigentum gestützten Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks als der Billigkeit widerstreitend nicht zugelassen. —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 24. Mai 1916. B. (Kl.) w. F. (KG. Berlin). IV. 45/16.



76. Anzeigepflicht des gegen Unfall Versicherten bei einem die Gefahr erhöhenden Berufswechsel.

Vgl. oben Nr. 36 m. N.
VVG. §§ 23. 25.

Der Kläger, ein Viehhändler, der bei der Beklagten gegen Unfall versichert war, erlitt am 19. Januar 1915 dadurch einen Unfall, daß er sich, als er einige Borsten aus einem Schwein entfernen wollte, mit dem Messer an der Hand verletzte und sich dadurch eine Blutvergiftung zuzog, infolge deren ihm der eine Arm abgenommen werden mußte. Er verlangte Ersatz seines Schadens. Die Beklagte verweigerte die Bezahlung u. a. mit der Begründung, daß der Unfall nicht unter die Versicherung falle, und daß der Kläger ihr auch seinen Berufswechsel nicht vor dem Unfall angezeigt habe. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. — Gründe des Ber.-Urteils:

„Der Versicherungsantrag, der inhalts des Vers.-Scheins die Grundlage des Vertrags bildet, läßt keinen Zweifel, daß die Beklagte ausschlaggebendes Gewicht auf die Berufsart des Klägers und die Art seiner Betätigung im Berufe gelegt hat. Nach den im Versicherungswesen allgemein üblichen Gepflogenheiten waren die Antworten des Klägers für die Beklagte wesentlich zur Bestimmung der den Umständen entsprechenden Gefahrenklasse und der sich hiernach richtenden Gebühr. Die Antworten des Klägers ergeben aber auch zugleich sachlich den Umfang der zur Versicherung kommenden Unfälle. Mit Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, daß die Beklagte die aus den Angaben des Klägers folgende sachliche Schranke noch dadurch verschärft hat, daß sie im Vers.-Schein die beim Viehtreiben sowie beim Ein- und Ausladen von Vieh erfolgenden Unfälle ausnahm, selbst wenn sie sich im Rahmen derjenigen Betätigung zutragen sollten, auf die sich nach dem Vertrage die Versicherung an sich beziehen würde. Der vorliegende Unfall, der sich bei einer beruflichen Tätigkeit des Klägers zutrug, die außerhalb der bloßen Beaufsichtigung der Angestellten lag, war nicht versichert.

Wenn der Kläger anführt, die Beklagte könne doch nicht ernstlich behaupten, daß ihm vertragmäßig verboten worden sei, überhaupt ein Messer in die Hand zu nehmen, so verschließt er sich der Einsicht, daß es sich hier um eine Tätigkeit im Berufe gehandelt hat, für die nach seinen Angaben die Beklagte das Risiko nicht mit übernehmen sollte und nicht mit übernommen hat. Ob er sich in gleicher oder ähnlicher Weise öfters betätigt hat, oder ob es sich nur um ein ausnahmsweises Eingreifen in den Arbeitsbereich der Angestellten gehandelt hat, ist für die Entscheidung nicht wesentlich. Die Fragen unter Nr. 4 des Versich.-Antrags sind, dem klaren Wortlaut nach keineswegs nur auf eine ‚richtige Mitarbeit' abgestellt, wie der Kläger angenommen wissen will. Insbesondere die Antwort ‚nur aufsichtführend' beweist auch, daß der Kläger ihren Sinn richtig verstanden hat. Eine Betätigung, wie sie hier in Frage

steht, erfordert Fachkenntnisse und eine gewisse berufliche Geschicklichkeit sowie das notwendige Handwerkszeug. Gerade ein gelegentliches, laienhaftes Eingreifen, wie es der Kläger vorgenommen hat, birgt eine besonders starke Gefahrerhöhung in sich, vor der sich zu sichern die Beklagte offensichtlich allen Anlaß hatte. Unzutreffend ist es, wenn Kläger aus dem Vorbehalt am Schluß des Vers.-Scheins folgert, daß die Beklagte damit eine außerhalb der Aufsicht liegende Betätigung als nicht versicherungspflichtig ausschließe, also selbst den Begriff der Aufsichtführung sehr weit aufgefaßt haben müsse. Die Bestimmung ‚Unfälle, welche den Herrn Versicherungnehmer beim Viehtreiben und Ein- und Ausladen von Vieh betreffen, fallen nicht unter die Entschädigungsverpflichtung der Gesellschaft', schließt vielmehr, wie schon erwähnt, alle Unfälle bei den bezeichneten Gelegenheiten von der Versicherung aus, auch wenn sie sich ereignen, während der Kläger dabei nur aufsichtführend zugegen war.

Der Kläger hat sich aber auch, als er mit dem Reichseinkauf die Verträge v. 28. Dez. 1914 schloß, mindestens neben seinem seitherigen Beruf als Viehhändler auch dem Fleischerberufe zugewendet. Er hat, wie der Schlachtvertrag in §§ 1 und 3 ausweist, für die Dauer des Kriegs die Schlachtung und weitere Zurichtung der ihm überwiesenen Schweine übernommen. Daß es sich dabei um eine Großschlächterei handelte, tut nichts zur Sache; das Großfleischereigewerbe steht nach dem Preissatz der Beklagten in der 5. Gefahrenklasse, während der Viehgroßhandel der 9. Gefahrenklasse angehört. Bei verständiger Erwägung, wie man sie von einem besonnenen Manne fordern darf, mußte sich der Kläger sagen, daß der neue Beruf, in dem er sich betätigte, recht wohl für die bestehende Versicherung bedeutsam sein und eine Gefahrenerhöhung und eine andre Gefahrenklasse bedingen könne. Er war daher nach § 8e der Allgem. Vers.-Bedingungen verpflichtet, die eingetretene Veränderung binnen 15 Tagen der Beklagten anzuzeigen. Die unstreitige Unterlassung dieser Anzeige ist ihm zum Verschulden anzurechnen und zieht vertragmäßig das Erlöschen der Versicherung nach sich.

Die Bestimmungen in Abschn. 1 Tit. 2 des Reichsges. über den Vers.-Vertrag finden auf das vorliegende Rechtsverhältnis nicht Anwendung, da der zunächst auf 10 Jahre geschlossene Vertrag nicht gekündigt und so nach § 6 Abs. 3 Allgem. Vers.-Bedingungen stillschweigend für die gleiche Zeitdauer verlängert worden ist, jene Gesetzesbestimmungen auch nicht zu denen gehören, die auf ein bestehendes Vers.-Verhältnis ohne weiteres Anwendung finden (Art. 3 EinfG.). Übrigens wäre auf Grund von §§ 23. 25. 31 dieses Gesetzes zu demselben Ergebnis zu gelangen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 5. Mai 1916. G. w. F. B. 2 O. 95/15. F—ch.

77. Haben die Anlieger einer städtischen Straße einen Entschädigungsanspruch wegen ihrer Veränderung?

Vgl. 58 Nr. 140 m. N.
BGB. § 907.

Zum Zweck des Baus der Nord-Süd-Untergrundbahn in Berlin hat die verklagte Stadtgemeinde die Weidendammer Brücke abbrechen lassen und an dieser Stelle nach Einlegung des Tunnels eine neue Brücke errichtet. Für die Herstellung des Baus war die auf die Brücke von Osten her zuführende Uferstraße, der Weidendamm, mit polizeilicher Genehmigung von der Bauleitung durch einen in der Stromrichtung verlaufenden Zaun auf einer Strecke derartig verengt worden, daß Wagen sich auf der verbliebenen Fahrstraße nicht mehr ausweichen konnten; zwischen dem Zaun und dem Stromufer waren verschiedene Bauschuppen errichtet worden. Am Weidendamm liegt an der verengten Strecke ein der Klägerin gehöriges Hausgrundstück. Sie fühlte sich durch die Änderungen der Straße beschwert und verlangte mit der Klage die Feststellung, daß die verklagte Stadtgemeinde verpflichtet sei, den ihr durch die Bauarbeiten entstandenen Schaden zu ersetzen. — Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Recht des Straßenanliegers auf Benutzung der Straße beschränkt sich darauf, daß ihm durch nachträgliche Änderungen der Straße der Zugang zu dieser und der Verkehr mit dem sich anschließenden Straßennetze nicht dauernd wesentlich erschwert wird und daß ihm Licht und Luft durch Bauten vor seinem Grundstück nicht dauernd im wesentlichen entzogen werden. Dieser Grundsatz ist durch ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts festgestellt (RGEntsch. 44, 282; 62, 87 u. a. m.) und wird auch von der Revision nicht angegriffen. Hiernach muß sich der Anlieger alle vom Eigentümer der Straße zur Förderung des Gemeinwohls, insbesondere zu Straßenzwecken vorgenommenen Eingriffe in sein Straßenbenutzungsrecht, wenn sie nur vorübergehend sind oder sich nur als unwesentliche Störungen darstellen, gefallen lassen, ohne daß ihm dafür ein Entschädigungsanspruch zuzubilligen wäre. Im vorliegenden Fall beschwert sich die Klägerin darüber, daß ihr infolge der durch die Herstellung des Bauzauns und der dadurch eingetretenen Verengung der Straße der Verkehr mit der Straße und dem anstoßenden Straßennetz wesentlich erschwert werde, da ein Wagenverkehr vor ihrem Grundstück unmöglich geworden und auch der Verkehr für Fußgänger erschwert und abgelenkt sei. Es ist auch anzuerkennen, daß jedenfalls die vollständige Verhinderung des Wagenverkehrs zu einem Grundstück als ein wesentlicher Eingriff in das Anliegerrecht angesehen werden müßte. Der Ber.-Richter stellt aber fest, daß alle durch die Änderung des Weidendamms bewirkten Erschwernisse des Verkehrs und sonstigen Störungen sich nur auf die Zeit bis zur Beendigung des Umbaus der Weidendammer Brücke, also auf einen Zeitraum von höchstens drei Jahren erstrecken würden, und er nimmt an, daß eine derartige Störung

keine dauernde zu nennen sei. Schon diese auf tatsächlichen Erwägungen beruhende Feststellung dient der Entscheidung des Ber.-Richters als ausreichende Stütze. Daß der Ber.-Richter den Begriff der ‚dauernden‘ Erschwerung verkannt habe, ist der Revision nicht zuzugeben. Mit Recht hält er für die Frage, ob eine Erschwernis als dauernde anzusehen sei, die Verkehrsauffassung für maßgebend. Er erwägt, daß die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens der Anlegung einer Untergrundbahn und des dazu erforderlichen Brückenumbaus für die Stadtgemeinde Berlin eine sehr große ist, derartige Bauanlagen in Berlin nichts Ungewöhnliches sind und daß eine mit solchen verbundene Verkehrserschwerung dort als eine dauernde noch nicht empfunden wird. Ein Rechtsirrtum ist in dieser dem Ber.-Richter zustehenden Beurteilung der örtlichen Verkehrsauffassung nicht zu erkennen. Wäre die Meinung der Revision, derartige Bauanlagen brächten schon durch ihre Errichtung und während der Errichtungszeit eine zur Entschädigung verpflichtende dauernde Verkehrserschwernis mit sich, zu teilen, so wäre damit die Herstellung solcher großzügiger Verkehrsunternehmungen, die bei dem Wachsen der Großstädte kaum zu entbehren sind, unmöglich gemacht oder doch in Frage gestellt, denn die Ausführungskosten würden sich, da regelmäßig eine große Anzahl von Anliegern beteiligt und durch die Bauausführung geschädigt sind, unverhältnismäßig erhöhen. Daß die vorübergehenden Schädigungen durch die Anlieger ertragen werden müssen, erscheint auch nicht unbillig, da erfahrungmäßig durch derartige die Verkehrserleichterung bezweckende Anlagen nicht eine dauernde Entwertung, sondern eine dauernde Wertsteigerung für die anliegenden Grundstücke verursacht zu werden pflegt. Daß im Streitfall die störende Inanspruchnahme des Weidendamms nicht zur Wiederherstellung oder Verbesserung gerade dieser Straße, sondern einer anderen Straße, nämlich der mit einer Untergrundbahn und einer neuen Brücke auszustattenden unmittelbar benachbarten Friedrichstraße dienen sollte, macht für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied. Es genügt schon, daß die Inanspruchnahme seitens des Straßeneigentümers im öffentlichen Interesse erfolgt ist, und es bedarf daher keiner Erörterung, ob man sogar mit dem Urteil des Reichsgerichts v. 23. Nov. 1905 (RGEntsch. 62, 87) so weit gehen darf, daß die Stadt als Straßeneigentümerin durch das Recht der Anlieger auch an einer privatwirtschaftlichen Ausnutzung der Straße nicht gehindert wird.

Der Ber.-Richter untersucht auch noch, ob die Inanspruchnahme des Weidendamms eine wesentliche Erschwerung des Verkehrs nach der Straße hin und des Zutritts von Luft und Licht für das Grundstück der Klägerin darstelle, und beantwortet auch diese Frage im verneinenden Sinn. Obgleich es für den Erfolg der Revision auf diesen Entscheidungsgrund nicht mehr ankommt, so sei doch bemerkt, daß ihm ein Rechtsirrtum nicht zugrunde liegt. Der Ber.-Richter durfte auf Grund tatsächlicher Erwägungen zu dem Ergebnis kommen, daß es sich hier nicht um schwerwiegende Störungen handle, da der

Zugang und die Zufuhr zum Grundstück der Klägerin noch ungehindert von der Prinz-L.-F.-Straße aus erfolgen kann, der vor dem Grundstück errichtete Bauzaun und ebenso die errichteten Bauschuppen nur verhältnismäßig niedrig sind und die Breite der hinter dem Bauschuppen fließenden Spree als Luft- und Lichtquelle unverändert geblieben ist. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 21. Nov. 1916. H.B.Ges. (Kl.) w. Stadt B. (KG. Berlin). VII. 189/16.

---

78. Gegen den Anspruch der Frau auf Vorschuß der Prozeßkosten darf der Mann nicht aufrechnen.

BGB. §§ 1387. 394; ZPO. § 850 Nr. 2.

Während des Scheidungsprozesses wurde auf Antrag der Frau dem Mann durch einstweil. Verfügung aufgegeben, ihr einen Vorschuß von 120 ℳ für die Anwaltskosten zu zahlen. Der Mann erhob Widerspruch, indem er geltend machte, daß er mit seinen größeren Gegenforderungen aufgerechnet habe. Die einstweil. Verfügung wurde bestätigt. Aus den Gründen:

„Der Kläger begehrt die Aufhebung der einstweil. Verfügung, weil er gegen den Anspruch der Beklagten auf Zahlung von Anwaltskostenvorschuß, den er an sich nicht bestreitet, aufgerechnet habe. Eine solche Aufrechnung ist nicht zulässig. Die sich aus § 1387 BGB. ergebende Vorschußforderung mag kein Ausfluß der Alimentationspflicht sein (vgl. RG. in JW. 1900, 432); sie ist aber wegen Gleichheit des Rechtsgrundes analog einer gesetzlichen Alimentenforderung zu behandeln. Sie ist dann unpfändbar nach § 850 Nr. 2 ZPO. und es findet gegen sie nach § 394 BGB. eine Aufrechnung nicht statt.

Mit teilweise abweichenden Begründungen gelangen zu dem gleichen Ergebnis das LG. Wiesbaden und das OLG. Frankfurt (Frankf. Rundschau 38, 114). — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 1. Nov. 1916. H. w. H. Bj. I. 268/16. B.

---

79. Voraussetzungen der beschränkten Erbenhaftung* und der Aufrechnung gegen eine nicht zum Nachlaß gehörige Forderung eines Miterben.

*Vgl. 62 Nr. 195.

BGB. §§ 1975. 1990. 1977. 387 ff.

Die Annahme der Klägerinnen, daß sie die auf den Nachlaß beschränkte Haftung schon durch die Errichtung eines Inventars endgültig gewonnen hätten, entbehrt der Berechtigung. Die Inventarerrichtung (§§ 1993 ff. BGB.) ist weder notwendig noch für sich allein geeignet, den Erben die auf den Nachlaß beschränkte Haftung zu sichern (BGB. v. RGRäten[2] Vorbem. vor § 1967 unter 3

und vor § 1993). Das Bürgerl. Gesetzbuch steht, wie wenigstens die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller und mit ihnen das Ber.-Gericht annimmt (vgl. auch Ann. 27, 317), auf dem Standpunkte, daß die Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich unbeschränkt, wenn schon mit der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung haften. Das Gesetz gibt dem Erben die Möglichkeit, die beschränkte Haftung zu erwerben, in der Regel nur unter der Voraussetzung, daß er die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses herbeiführt (§ 1975). Dem steht es gleich, wenn die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses auf Antrag eines Nachlaßgläubigers erfolgt. Durch die rechtzeitige Errichtung des Inventars und gegebenenfalls durch Leistung des Offenbarungseides (§ 2006) erhält sich der Erbe einerseits die Füglichkeit, jederzeit die beschränkte Haftung auf dem in § 1975 vorgezeichneten Wege zu gewinnen, und anderseits geht ihm diese Füglichkeit endgültig verloren und es wird seine Haftung zu einer unbeschränkten, wenn er innerhalb einer ihm gesetzten Inventarfrist das Inventar nicht errichtet (§§ 1997 Abs. 1, 2003 Abs. 1 Satz 2) oder bei der Errichtung gegen die Vorschriften in § 2005 verstößt oder die Leistung des Offenbarungseides verweigert (§ 2006 Abs. 3).

Im vorliegenden Falle haben die Klägerinnen und ihre Miterbin, die weder Nachlaßverwaltung noch Nachlaßkonkurs herbeigeführt haben, mit den Mitteln des § 1975 die Beschränkung ihrer Haftung nicht erlangt. Es kommt jedoch hier ergänzend die Vorschrift in § 1990 in Betracht, die den Erben unter den dort angegebenen Voraussetzungen die auf den Nachlaß beschränkte Haftung sichert. Denn sie können unter diesen Voraussetzungen die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht, haften also nur mit den Kräften des Nachlasses. Durch den von den Klägerinnen beigebrachten Beschluß des Amtsgerichts zu L. v. 10. Juni 1916 ist dargetan, daß ihr Antrag auf Eröffnung des Konkurses zum Nachlasse mangels einer die Kosten deckenden Masse abgelehnt worden ist. Die Klägerinnen haben sonach das Recht erlangt, Nachlaßgläubiger und sonach auch die Beklagte wegen ihrer Nachlaßforderung auf den noch vorhandenen Nachlaß zu verweisen (§ 1990 Abs. 1). Dem sucht die Beklagte mit der Behauptung zu begegnen, daß die Klägerinnen gegen die ihnen in Ansehung der Inventarerrichtung obliegenden Pflichten dadurch verstoßen hätten, daß in dem von ihnen eingereichten Verzeichnisse der Nachlaß nicht vollständig aufgeführt sei.

Die Beklagte hat nicht behauptet, daß sie selbst gegen die Erben ihrer Schuldnerin den Antrag auf Bestimmung einer Inventarfrist gestellt habe, noch ist ihnen vom Nachlaßgericht eine solche gesetzt worden. Vielmehr haben die Klägerinnen und ihre Miterbin am 31. März 1915 freiwillig ein Nachlaßverzeichnis beim Nachlaßgericht eingereicht, wozu sie nach § 1993 berechtigt waren. Dieses Nachlaßverzeichnis, in dem die Nachlaßverbindlichkeiten nicht angegeben sind (§ 2001), ist vom Lokalrichter A. am 13. Nov. 1914 im Auftrage

des angeblichen Bevollmächtigten der Erben, Rechtsanwalt W., aufgenommen worden, es ist jedoch weder die Zuziehung einer zweiten Ortsgerichtsperson, wie in § 101 sächs. AusfG. v. 15. Juni 1900 vorgeschrieben ist, erfolgt, noch ist das Verzeichnis, was nach § 2002 BGB. zu erfordern ist, von den Erben oder deren Bevollmächtigten unterschrieben worden;

vgl. BGB. von RGRäten § 2002 Anm.; Staudinger [7. 8] zu §§ 2002—2004 unter b; RGEntsch. 77, 245; vgl. noch § 101 Abs. 2 Satz 2 des angez. AusfG. in Verbindung mit §§ 7 II, 8 I, 20 der Dienstanweisung für Ortsgerichtspersonen v. 21. Dez. 1899.

Daß diesem Nachlaßverzeichnisse die an die Inventarerrichtung geknüpften Wirkungen zukämen und insbesondere darauf die Vorschriften des § 2005 Anwendung zu finden hätten, ist zu verneinen.

Hinsichtlich der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Aufrechnung der Forderung eines Nachlaßgläubigers gegen eine nicht zum Nachlasse gehörende Forderung des Erben fehlt für die Fälle des § 1990 eine dem § 1977 entsprechende Vorschrift. Daraus ergibt sich, daß nur die allgemeinen Grundsätze des §§ 387 ff. BGB. maßgebend sind. Der Forderung der Beklagten, mit der sie aufrechnet, steht nach obigem die Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses jedenfalls dann entgegen, wenn nur eine der in § 1990 Abs. 1 Satz 1 aufgeführten drei Tatsachen den Klägerinnen schon zur Zeit der Aufrechnungserklärung der Beklagten zur Seite stand. Da eine Forderung, der eine Einrede — gleichviel ob eine zerstörliche oder nur eine verzögerliche — entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann (§ 390), ist alsdann die Aufrechnung unzulässig (BGB. von RGRäten § 1990 unter 3). Nun ist zwar die Aufrechnung von der Beklagten bereits vor dem die Eröffnung des Nachlaßkonkurses ablehnenden Beschlusse v. 10. Juni 1916 erklärt worden. Jedoch ist als erwiesen anzusehen, daß der Nachlaß auch bereits vor der Aufrechnung unzulänglich war und daher schon damals den Klägerinnen die Einrede zur Seite stand. Die Vorschrift in § 1990 Abs. 1 erfordert nicht einen Antrag des Erben auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses und einen diesen Antrag mangels einer den Kosten entsprechenden Masse ablehnenden Beschluß des Konk.-Gerichts (vgl. Bingner im SächsA. 1895, 603; Ann. des sächs. OLG. 27, 324); vielmehr ist es hinreichend, daß die Konk.-Eröffnung wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse „nicht tunlich" ist. Das ist aber hier schon ehe die Beklagte die Aufrechnung erklärt hat der Fall gewesen. — — — Es ist daher der Bestand des Nachlasses schon vor der Aufrechnung der Beklagten ein derartiger gewesen, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses mangels einer den Kosten entsprechenden Masse „nicht tunlich" war.

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 20. Nov. 1916. P. C. Fabr. R. (Bkl.). w. F. u. Gen. 5 O. 51/16. Ch.

80. Die in einem altrechtlichen Testament vorbehaltene Bestimmung des Erben durch einen Dritten muß vor Eintritt des neuen Rechts erfolgt sein.

BGB. § 2065 Abs. 2; EinfG. Art. 214.

— — — Der Zusammenhang des unter der Herrschaft des sächsischen BGB. errichteten gemeinschaftlichen Testaments lehrt zweifelfrei, daß nicht etwa der Magistrat zu Lübeck als Erbe zum dritten Teil hat eingesetzt werden sollen mit der Auflage, die Erbschaft zugunsten milder Stiftungen zu verwenden, sondern, daß er „Dritter" i. S. der §§ 2086. 2087 sächs. BGB. sein soll, der an Stelle des in erster Linie hiermit beauftragten Zuletztversterbenden der Erblasser die bedachten Stiftungen und ihren Erbteil bestimmen soll. Auf Grund dieser testamentarischen Ermächtigung hat der Senat der Freien und Hansestadt L. die seit 1910 in L. bestehende und staatlich genehmigte Gr.-Stiftung als die Bedachte bestimmt. Da indes diese Bestimmung erst unter der Herrschaft des Deutschen BGB. getroffen worden ist, das eine derartige Bestimmung des Erben nicht gestattet (§ 2065 Abs. 2), so entsteht die Frage, ob sie wirksam ist. Der erkennende Senat, der beim Erlaß des Beweisbeschlusses die Möglichkeit der Bejahung in Betracht gezogen hatte, hat sie bei wiederholter Erwägung verneinen müssen.

Die letztwillige Verfügung rücksichtlich des in Rede stehenden Nachlaßdrittels ist im gemeinschaftlichen Testament noch nicht zum Abschluß gekommen. Dort ist nur der Erbteil bestimmt, bezüglich des Erben aber, der sie erhalten soll, nur verfügt worden, daß es eine (oder mehrere) der milden Stiftungen der Stadt L. sein solle. Die Bestimmung der konkreten Stiftung, die das Nachlaßdrittel erben soll, ist einer späteren Zeit und der Verfügung des Zuletztsterbenden oder des Magistrats von L. vorbehalten worden. Zur Vollständigkeit einer Erbeinsetzung gehört die zweifelfreie Bezeichnung des Erben. Zum Abschluß ist also die letztwillige Verfügung insoweit im gemeinschaftlichen Testament noch nicht gekommen. Vollendet ist sie erst durch den Ausspruch des Senats zu L. v. 22. Dez. 1915; er mußte hinzutreten, um die letztwillige Verfügung vollständig zu machen. Da sich dieser letzte, notwendige und unentbehrliche Teil der Errichtungshandlung nicht vor dem Inkrafttreten des Deutschen BGB. verwirklicht hat, kann er nicht nach dem sächsischen Recht beurteilt werden. Die Vorschrift des Art. 214 Abs. 1 EinfG. BGB. hat nur solche vor dem 1. Jan. 1900 errichtete Testamente im Auge, die bis dahin in sich vollendet und fertig geworden sind. Hiernach ist die Wirksamkeit des Ausspruchs des Senats von L., der die Ausfüllung des durch das gemeinschaftliche Testament geschaffenen Blanketts darstellt, nach Deutschem Recht zu beurteilen und im Hinblick auf § 2065 Abs. 2 Deutsch. BGB. zu verneinen. Die Sache liegt insoweit nicht anders, als wenn ein altrechtliches Testament die Bestimmung des Erben einem Nachzettel vorbehält, der unter der Herrschaft des heutigen Rechts, aber nicht in einer diesem entsprechenden Testaments-

form, wennschon gemäß dem früheren Rechte, geschrieben worden ist (vgl. Staudinger EinfG. z. BGB. Art. 214 II Ab S. 604).

Aber auch wenn man die Verleihung der Befugnis zur Bestimmung der Person des Erben nicht unter dem Gesichtspunkt der Testamentserrichtung betrachtet, sondern zu den Wirkungen des Testaments zählt, ändert sich nichts am Ergebnis. Denn hier ist diese Befugnis des Senats zu L. an die Stelle des Bestimmungsrechts der zuletzt verstorbenen Emma Gr. getreten, die unter der Herrschaft des neuen Rechts gestorben ist. Ob sie zu dieser Zeit noch wirksam erteilt werden konnte, das bestimmt sich, da insoweit Art. 214 EinfG. keine Ausnahme vorschreibt, der Regel entsprechend nach neuem Recht und ist nach § 2065 Abs. 2 zu verneinen (vgl. auch RGEntsch. 66, 103).

In wohlerworbene Rechte wird dadurch nicht eingegriffen. Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht der Wunsch der Erblasser, einen Teil ihres Gesamtvermögens milden Stiftungen zuzuführen, von Emma Gr. bei Lebzeiten schon dadurch verwirklicht worden ist, daß sie die Gr.-Stiftung errichtet und aus ihrem die Nachlässe ihrer Mutter und ihres Bruders in sich schließenden Vermögen ausgestattet hat. Auf jeden Fall gab es keine Stiftung, die beim Eintritt des Erbfalls eine Anwartschaft auf die Erbfolge besaß, und es bestand für die milden Stiftungen zu L. mehr nicht als eine ungewisse Aussicht, daß die Wahl zur Miterbin auf sie fallen werde.

Der Grundsatz des heutigen Rechts, daß der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem Dritten überlassen darf, ist ausnahmslos für die Erbeinsetzung durchgeführt. Die für Vermächtnisse und Auflagen in den §§ 2151. 2152. 2156. 2192. 2193 BGB. nachgelassenen Ausnahmen kommen für den Streitfall nicht in Betracht. — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 10. Febr. 1916 v. K. u. Gen. w. S. u. Gen. 1 O. 117/16. —e.

---

81. Über die Befugnisse des Längstlebenden nach einem wechselseitigen Testament entscheidet der einzelne Fall.

Vgl. 48 Nr. 96 m. N.; 50 Nr. 96; 67 Nr. 12. 262.
BGB. § 2269.

Die Klage, und ihr folgend das Landgericht, stützt sich auf den Satz, daß bei einem korrespektiven wechselseitigen Testament der Längstlebende nicht die Rechte der eingesetzten Dritten durch Schenkungen wissentlich beeinträchtigen dürfe, denn wenn auch der Längstlebende in bezug auf Verfügungen unter Lebenden völlig frei sei, so würde doch — so wird gesagt — die Vornahme einer solchen Schenkung zum Nachteil der Rechte des Eingesetzten nicht der wahren Absicht der Testatoren entsprechen. Es läßt sich indessen die Frage, welche Befugnisse dem Längstlebenden und dem eingesetzten Dritten zustehen, nicht allgemein nach einer bestimmten Formel,

sondern nur von Fall zu Fall je nach dem einzig und allein maßgeblichen jeweiligen Inhalt des Testaments und dem darin ausgedrückten Willen der Testatoren beurteilen. Im vorliegenden Fall ist nun im Testament nicht bloß bestimmt, daß der längstlebende Gatte unter Lebenden die denkbar freieste Verfügung über den gesamten Nachlaß haben soll, sondern es ist ausdrücklich weiter gesagt: daß er das Recht haben soll „zu schalten und zu walten wie es ihm beliebt". Diesem Wortlaut gegenüber wäre es eine offensichtliche Willkür, dem überlebenden Gatten die Vornahme von Schenkungen jeder Art zu untersagen, obgleich doch jedes Rechtsgeschäft unterschiedlos dem Längstlebenden ganz nach seinem Belieben im Testament freigestellt wird. Hinzu kommt hier, daß nach dem ferneren Inhalt des Testaments die Testatoren sich keineswegs etwa bestrebt zeigten, den gesetzlichen Erben des einen oder des andern Eheteils ein bestimmtes Vermögen für die Zeit nach ihrem beiderseitigen Ableben zu sichern, sondern sie wollen garnichts weiter, als daß, falls nach dem Tode des Längstlebenden noch etwas vorhanden sein sollte, dieses etwa Vorhandene dem gesetzlichen Erben zufallen solle. Dies zeigt klar der weitere Satz des Testaments: „Nach dem Tode des Längstlebenden soll das alsdann vorhandene unaufgeteilte Vermögen zur Hälfte an diejenigen, welche gesetzliche Erben des zuerst Verstorbenen geworden sind 2c. fallen". Da die als Kläger auftretenden Personen weder Vertragserben noch pflichtteilsberechtigt waren und sind, sie also etwaige Anrechte lediglich auf Grundlage der testamentarischen Bestimmungen geltend machen können, so kann im vorliegenden Fall keine Rede davon sein, daß die überlebende Witwe durch die Schenkung den Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments zuwider eine Verkürzung der Erbrechte der gesetzlichen Erben ihres Mannes herbeigeführt habe. Denn bei dem vorliegendenfalls in Betracht kommenden Testamentswortlaut hatten diese Erben eben ein Erbrecht nur für den Fall, daß beim Ableben der Witwe und nachdem diese bis zu ihrem Tode frei nach ihrem Belieben geschaltet und gewaltet hatte, noch etwas vorhanden sein sollte, und dieser Fall lag eben nicht vor, weil die Witwe jene Schenkung vollzogen hatte, eine Schenkung, durch deren Vornahme sie, wie gezeigt, einen durchaus ihr erlaubten Schritt tat, auch wenn sie sich der für die gesetzlichen Erben nachteiligen Folgen dieses Schrittes bewußt war. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 13. Dez. 1916. K. u. Gen. w. T. Bf. I. 288/16. Nö.

---

82. Für den Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. besteht kein Konkurrenzverbot; er hat aber bei Eigengeschäften die Interessen der Gesellschaft zu wahren.

Vgl. 63 Nr. 258.
GmbHG. § 35.

Die Beklagten waren Geschäftsführer der aufgelösten chemischen Fabrik T., Gesellsch. m. b. H. Der Beklagte E. hatte der Gesellschaft eine größere

Menge gebrauchter Margarinekisten, die er für 15 ₰ gekauft hatte, zu 50 ₰ das Stück weiterverkauft. Die klagende Firma, der die Ansprüche der Gesellschaft abgetreten waren, stand auf dem Standpunkt, daß die Beklagten in analoger Anwendung von § 60. 61 HGB. eigene Geschäfte nicht hätten machen dürfen, daß sie daher das Recht auf Herausgabe des erzielten Gewinns habe. Sie verlangte daher Zahlung des Gewinns in Höhe von 1035,05 ℳ nebst Zinsen. Eventuell sei der Anspruch aus dem Gesichtspunkte des Schadenersatzes begründet; denn der angemessene Preis für die Kisten betrage nur 15 ₰ und die Beklagten hätten, indem sie die Kisten für den übermäßigen Preis von 50 ₰ für die Gesellschaft erwarben, ihre Pflichten als Geschäftsführer gröblich verletzt. — In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen; in 2. Instanz wurden die Beklagten verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. ist gesetzlicher Vertreter und kein Handlungsgehülfe; eine unmittelbare Anwendung von § 60 HGB. kommt daher, wie das Landgericht mit Recht annimmt und wie Klägerin selbst auch in der Tat garnicht bezweifelt, nicht in Frage. Aber auch eine analoge Anwendung dieser Gesetzesbestimmung ist ausgeschlossen; im Gegensatz zu dem auf den Vorstand einer Akt.-Gesellschaft bezüglichen § 236 HGB. enthält das Gesetz betr. Gesellschaften m. b. H. ein Konkurrenzverbot nicht, wie ihm auch eine dem § 312 HGB. entsprechende Strafbestimmung fehlt. Diese Regelung entspricht der nach jeder Richtung freieren Ausgestaltung dieser Gesellschaftsform, trägt insbesondere auch dem Umstande Rechnung, einerseits, daß die Interessen der Gesellschaft und der Geschäftsführer, je nach dem Maße ihrer Beteiligung, weitgehend zusammenfallen können, anderseits, daß es, beim Mangel eines Aufsichtsrats, an einem Organ fehlen würde, das die sowohl im § 60 als im § 236 HGB. vorgesehene Befreiung von dem Konkurrenzverbot aussprechen könnte.

Der Klaganspruch ist aber begründet aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes.

Die Geschäftsführer sind auf Grund ihres Vertrages verpflichtet, die Interessen der von ihnen vertretenen Gesellschaft wahrzunehmen und dürfen nicht ihre Vertretungsbefugnis zur Erlangung sachlich ungerechtfertigter Vermögensvorteile auf Unkosten der Gesellschaft mißbrauchen. Tun sie es dennoch, so handeln sie vertragwidrig und machen sich schadenersatzpflichtig (vgl. Staub-Hachenburg GmbHG. § 35 Anm. 2). Das haben aber beide Beklagte, in gewolltem Zusammenwirken, getan. Denn nach dem Gutachten des Sachverständigen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der von E. bezahlte Preis von 15 ₰ für die Kiste der für gebrauchte Margarinekisten angemessene und übliche ist. — — — Der Beklagte E. war somit zwar nicht gehindert, obgleich er Geschäftsführer war, die Kisten seiner Gesellschaft zu verkaufen soweit sie Verwendung dafür hatte, er mußte aber, wenn ihm auch ein angemessener Gewinn nicht verwehrt war, im Hinblick auf seine Pflichten als Geschäftsführer,

den Preis, zu dem er sie abließ, mit dem wirklichen Wert in Einklang bringen und durfte bei der Preisbemessung höchstens dem Umstande Rechnung tragen, daß die Kosten infolge ihrer Beschaffenheit für die Zwecke der Gesellschaft verhältnismäßig gut geeignet waren. Wenn E. aber die Kisten, die er, ihrem wirklichen Werte entsprechend, zu 15 ₰ erworben hatte, zu einem Preise von 50 ₰ an die Gesellschaft absetzte, so machte er sich unter Ausnutzung seiner Stellung als Geschäftsführer und daher unter Verletzung seiner Pflichten einer gröblichen Übervorteilung der Gesellschaft schuldig. Ein Preis von 20 ₰ ist das höchste, was er, unter Berücksichtigung der ausgeführten Gesichtspunkte, hätte verlangen dürfen.

Ebenso liegt es bei dem Beklagten D. Seine Pflicht als Geschäftsführer war es, sich über den Wert der Kisten, die er von dem andern Geschäftsführer für die Gesellschaft erwarb, zu unterrichten, insbesondere auch festzustellen, zu welchem Preise dieser sie erworben hatte. Indem er das unterließ und einfach den geforderten unverhältnismäßig hohen Preis bewilligte, hat auch er seine Pflichten verletzt. Es kommt daher bei ihm nicht darauf an, ob er auch an dem von E. erzielten Gewinn beteiligt wurde.

Beide Beklagte sind somit schadenersatzpflichtig und müssen den Zustand herstellen, der ohne ihr schadenbringendes Verhalten, d. h. ohne die schuldhafte Forderung und Bewilligung des zu hohen Preises bestanden hätte, sie müssen also den Unterschied zwischen dem wirklich gezahlten Preise und dem Preise erstatten, der bei einem pflichtmäßig, d. h. also bei einem Preise von 20 ₰ bewirkten Verkauf von der Gesellschaft gezahlt wäre. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 6. Dez. 1916. K. & Co. (Kl.) w. D. u. E. Bf. IV. 143/16. B.

II. Verfahren.

83. Berufung des Empfängers der Streitverkündung; die Beitrittserklärung muß beiden Parteien vor der Berufungseinlegung zugestellt sein.

Vgl. 60 Nr. 220 m. N.
ZPO. §§ 74. 70. 518.

Contra: 78 Nr. 20.

Tritt der, dem der Streit verkündet ist, dem Rechtsstreit bei, so bestimmt sich sein Verhältnis zu den Parteien gemäß § 74 Abs. 1 ZPO. nach den Grundsätzen über die Nebenintervention. Der Beitritt muß daher in der Form des § 70 ZPO., also durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen. Der Schriftsatz muß nach der vom Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen (Entsch. 15, 397, in SeuffA. 41 Nr. 223; 42, 403) und auch von diesem Gericht vertretenen Ansicht an beide Parteien zugestellt werden, obgleich dies in § 70 nicht ganz deutlich gesagt ist. Erst mit der letzten der beiden Zustellungen ist daher der

Beitritt als erfolgt anzusehen. Nach § 176 muß die Beitrittserklärung den Prozeßbevollmächtigten der Parteien zugestellt werden. Wird, wie hier, gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung eingelegt, so müssen die Zustellungen der Beitrittserklärung an die Prozeßbevollmächtigten der Parteien vor Einreichung der Ber.-Schrift erfolgen; denn die Verbindung des die Beitrittserklärung enthaltenden Schriftsatzes mit der Berufung ist ausgeschlossen, weil nach § 518 die Einlegung der Berufung bereits durch die Einreichung der Ber.-Schrift bei dem Ber.-Gericht erfolgt, die Verbindung des die Beitrittserklärung enthaltenden Schriftsatzes mit der Berufung aber zur Folge haben würde, daß die Berufung eingelegt wäre bevor der Beitritt erfolgt, was unzulässig ist.

Im vorliegenden Fall sind Beitrittserklärung und Ber.-Schrift gleichzeitig von der Empfängerin der Streitverkündung am 11. Mai beim Ber.-Gericht eingereicht worden. Der den Beitritt enthaltende Schriftsatz ist der Klägerin erst am 12. Mai zugestellt worden; es kann dahingestellt bleiben, wann der Schriftsatz der Beklagten zugestellt worden ist, auf jeden Fall war der Beitritt frühestens am 12. Mai bewirkt. Am 11. Mai war aber bereits die Berufung eingelegt, mithin vor erfolgtem Beitritt. Das war aber unstatthaft. Die Berufung der Empfängerin der Streitverkündung ist sonach gemäß § 535 ZPO. durch Urteil als unzulässig zu verwerfen, und ihr sind auch die Kosten der Berufung gemäß § 101 Abs. 1 Satz 2 ZPO. aufzuerlegen, da die Beklagte in der Ber.-Instanz nicht aufgetreten ist.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 8. Nov. 1916. K. Nachf. w. Kr. Bf. V. 155/16. Nö.

---

84. Beschwerde gegen Entziehung des Armenrechts ist unzulässig, wenn ein Rechtsstreit nicht mehr anhängig ist.

ZPO. § 127. 567.

Dem Kläger ist durch den Beschluß des Landgerichts v. 13. Sept. 1916 wegen bevorstehenden Fristablaufs vorbehaltlich weiterer Prüfung einstweilen das Armenrecht bewilligt worden. Der ihm beigeordnete Anwalt hat sodann Klage gegen den Militärfiskus auf Bezahlung einer monatlichen Verstümmelungszulage von 27 M zum Landgericht erhoben. Nachdem sich das Kriegsministerium auf das Armenrechtsgesuch geäußert hatte, hat das Landgericht durch Beschluß v. 5. Okt. 1916 dem Kläger das Armenrecht entzogen, weil der Kläger die Verstümmelungszulage auf Grund der Vorschrift in § 13 Abs. 3 MannschVersorgGes. v. 31. Mai 1906 begehre, in diesem Fall aber die Bewilligung der Zulage unter Ausschluß des Rechtswegs endgültig der Entscheidung der obersten Militärverwaltungsbehörde unterliege. Infolge dieses Beschlusses hat der Anwalt des Klägers die Klage zurückgenommen. Nunmehr hat sich der Kläger an das Oberlandesgericht mit der Bitte gewendet, seine Angelegenheit näher zu prüfen.

Die Eingabe des Gesuchstellers stellt sich als Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluß dar. Die Beschwerde ist in bezug auf die Form nicht zu beanstanden, sie ist aber, da infolge der Zurücknahme der Klage ein Rechtsstreit beim Landgericht nicht mehr anhängig, die Instanz also beendigt ist, unstatthaft und war deshalb als unzulässig zu verwerfen;

Stonietzki-Gelpcke Bem. 3c zu § 127 ZPO. und JW. 1895, 323 [4] (Gruchot Bd. 39, 1128) und 1904, 178 [24].

Beschluß des OLG. München (1. Sen.) v. 27. Nov. 1916. Sp. w. Bay. Militärfiskus. Beschw.-Reg. 508/16. F—z.

---

85. Unterbrechung des Verfahrens gegen einen Kriegsteilnehmer, auch wenn nur eine Wiedereinsetzung i. d. v. St. in Frage kommen kann.
ZPO. §§ 247. 234.

Für eine vom Kläger gegen den Beklagten erhobene Klage hatte das Landgericht die öffentliche Zustellung bewilligt, ebenso für das in der Folge ergangene Versäumnisurteil, in welchem die Einspruchsfrist auf einen Monat bestimmt war. Darnach war die Rechtskraft im Mai 1914 eingetreten. Der Beklagte trat Anfang August 1914 ins Heer ein. Im Oktober 1914 schrieb er aus dem Felde ans Landgericht, daß er erst jetzt durch ein Schreiben des klägerischen Anwalts v. 11. August von dem Prozeß und dem Urteil Kenntnis erhalten habe und um gerichtliche Hülfe bitte. Erst am 29. Dez. 1914 legte er durch einen Rechtsanwalt Einspruch gegen das Versäumnisurteil ein und bat gleichzeitig um Wiedereinsetzung i. d. v. St. Das Versäumnisurteil wurde aufgehoben. — Gründe des Ber.-Urteils:

„Der Beklagte behauptet anscheinend mit Recht, daß die Voraussetzung der öffentlichen Zustellung, Unbekanntheit des Aufenthalts, niemals gegen ihn vorgelegen habe. Aber dieser Umstand steht der Wirksamkeit der vom Prozeßgericht, wenngleich auf Grund unzutreffender Angaben, ordnungmäßig bewilligten öffentlichen Zustellung nicht entgegen (RGEntsch. 59, 259, in Seuff-A. 61 Nr. 248; 61, 363). Es ist also davon auszugehen, daß das Versäumnisurteil v. 12. März 1914 ordnungmäßig ergangen und ordnungmäßig zugestellt, mithin auch rechtskräftig geworden ist.

Es fragt sich, ob der Beklagte gegen die Versäumung der Einspruchsfrist die Wiedereinsetzung auf Grund des § 233 Abs. 2 ZPO. beanspruchen kann, weil er von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hat. Auch das Ber.-Gericht nimmt unbedenklich an, daß der Beklagte von dem Urteil erst durch den ihm ins Feld nachgesandten Brief des Klägers erfahren hat. Auch ist ein Verschulden des Beklagten, durch das ihm das Verfahren und das Urteil bis Oktober 1914 unbekannt geblieben wäre, nicht zu begründen. — — —

Als der Beklagte von dem Urteil erfuhr, war die einjährige Frist vom Ablauf der versäumten Einspruchsfrist an noch nicht verstrichen. Er konnte

damals noch, und zwar an sich binnen einer zweiwöchigen Frist, die Wiedereinsetzung beantragen. Diese zweiwöchige Frist ist zweifellos versäumt, denn der mit der Nachholung des Einspruchs verbundene Antrag auf Wiedereinsetzung ist erst am 29. Dez. 1914 gestellt worden. Das wäre verspätet, wenn nicht dem Beklagten als Kriegsteilnehmer die Wohltat des Schutzgesetzes v. 4. Aug. 1914 zur Seite stände. Nach § 2 dieses Gesetzes werden ohne weiteres die gegen Kriegsteilnehmer anhängigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten unterbrochen. Mit Unrecht bestreitet der Kläger, daß zur Zeit des Ausbruchs des Krieges gegen den Beklagten ein Rechtsstreit, der hätte unterbrochen werden können, noch anhängig gewesen sei. Zwar war damals das ergangene Urteil bereits rechtskräftig; trotzdem dauerte das Verfahren, wiewohl mit sehr schwachen Wirkungen, noch insoweit fort, als es noch durch außergewöhnliche Rechtsbehelfe, wie Wiederaufnahme oder Wiedereinsetzung i. d. v. St., zum Aufleben gebracht werden konnte. Das muß jedenfalls für den Begriff der Anhängigkeit i. S. des § 2 des Kriegsteilnehmer-Schutzgesetzes genügen, denn den hier geschützten Personen sollen alle ihre Rechtszuständnisse gewahrt bleiben, wie sie zur Zeit des Beginns ihrer Teilnahme am Kriege bestanden. Wenn also dem Beklagten, der bei der Mitteilung von der Zustellung Kriegsteilnehmer war, von dem Zeitpunkt der Kenntnis an der Einsetzungsantrag zustand, so lief die an sich für diesen Antrag bestimmte Frist zunächst nicht, denn das Verfahren war unterbrochen und ruhte bis zur Aufnahme, die erst am 29. Dez. 1914 durch den Einspruch erfolgte.

Freilich würde diese Unterbrechung nicht eingetreten sein, wenn der Beklagte einen zur Wahrnehmung seiner Rechte berufenen Vertreter gehabt hätte. Das behauptet der Kläger, aber offenbar ohne jede tatsächliche Grundlage. — — —

Nach dem Gesagten liegen die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung gemäß ZPO. §§ 233 Abs. 2, 234 vor. — — —"

Urteil des OLG. zu Rostock (1. Sen.) v. 2. März 1916. L. w. v. K. Ka. 322/15. K—n.

---

86. Heilung einer unwirksamen Klagezustellung durch Nachbringung der Vollmacht.

Vgl. 68 Nr. 65 m. N.

ZPO. §§ 253. 81; BGB. § 184 Abs. 1.

Die Klägerinnen haben am 25. März 1916 ihre gegen die Beklagte gerichtete Klage den Rechtsanwälten B. und Br. zugestellt, mit denen ihr Anwalt in der der Klage zugrunde liegenden Angelegenheit bereits schriftlich verhandelt hatte, die aber damals noch keine Prozeßvollmacht von der Beklagten erhalten hatten. Diese Prozeßvollmacht ist ihnen nachträglich von der Beklagten erteilt worden, und das ist den Klägerinnen mitgeteilt worden

dadurch, daß man ihrem Anwalt die Klagebeantwortung v. 31. März 1916 zustellte, worin die Anwälte B. und Br. als Prozeßbevollmächtigte der Beklagten bezeichnet waren. Hierin liegt eine nachträgliche Genehmigung der Entgegennahme der Klage durch diese Anwälte, welche sie so stellt, als wären sie von Anfang an Zustellungsbevollmächtigte der Beklagten gewesen (vgl. BGB. § 184 Abs. 1), mithin den Mangel der Klagerhebung heilte. Unter diesen Umständen sind die Klägerinnen, nachdem sie die Klage zurückgenommen haben, auf Antrag der Beklagten mit Recht gemäß ZPO. § 271 Abs. 3 zur Tragung der Kosten des Verfahrens verurteilt worden.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 18. Sept. 1916 B. D. u. Gen. w. F. H. Bs. Z. I. 80/16. Nö.

---

87. Darf der Sachverständige Hülfskräfte benutzen?

ZPO § 411.

Die Revision rügt, daß der Vorderrichter seiner Entscheidung das Gutachten des Professors Dr. W. zugrunde lege, ohne auf das gegen dieses Gutachten erhobene Bedenken einzugehen.

Gegen das Gutachten wird geltend gemacht, daß es nicht von Professor W. sondern von dem Assistenzarzt Dr. St. herrühre, der es auch mitunterzeichnet habe. Aus der in dem Gutachten enthaltenen Bemerkung, der Kläger Kr. sei bei seinem zweimaligen Aufenthalt in der Klinik durch W. „und mich" des öfteren untersucht und beobachtet worden, ergebe sich die Abfassung durch St., es müsse aber verlangt werden, daß der vom Gericht bestellte Sachverständige die volle Verantwortung für seine Tätigkeit übernehme; es gehe nicht an, daß an Stelle des geforderten Gutachtens ein andres gesetzt werde, das nur scheinbar ein solches des ernannten Sachverständigen sei. Gegen die letztere Ausführung bestehen keine Bedenken, es kann aber nicht zugegeben werden, daß das vorliegende Gutachten nicht von Professor W. selbst erstattet sei. Aus der von der Revision angezogenen Stelle ergibt sich nur, daß Professor W. bei seiner Tätigkeit als Gutachter seinen Assistenten zugezogen hat und daß von diesem die schriftliche Ausarbeitung herzustammen scheint, weiter aber auch, daß er selbst bei den Untersuchungen und der Beobachtung des Klägers mitgewirkt hat und daher in der Lage war, sich über dessen Zustand ein eigenes Urteil zu bilden. Daß ein Sachverständiger bei der Vorbereitung oder Ausarbeitung seines Gutachtens Hülfskräfte zuzieht, ist an sich nicht zu beanstanden und wird bei der Beobachtung eines Kranken in einer Klinik schon deshalb häufig nötig werden, weil dessen andauernde Beobachtung durch den ernannten Sachverständigen überhaupt unmöglich wäre. Gefordert muß freilich werden, daß sich der Sachverständige nicht ohne Nachprüfung auf die Hülfskraft verläßt und deren Ansicht ohne weiteres mit seinem Namen deckt. Für eine solche Annahme liegen hier keine Anhaltspunkte vor, ins-

besondere kann aus der Unterzeichnung des Gutachtens durch den Sachverständigen und seinen Assistenten nur geschlossen werden, daß zwar die Beteiligung des letzteren ersichtlich gemacht werden sollte, daß aber der Sachverständige selbst die vorliegende schriftliche Ausarbeitung auf Grund seiner im Text des Gutachtens bekundeten Beobachtungen und Untersuchungen billigt. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der zur Entscheidung stehende Fall von dem in dem Urteile des 2. Zivilsen. in RGEntsch. 65, 82 behandelten, denn damals hatte der bei dem Reichsgericht zugelassene und daher zur Unterzeichnung der Revisionsbegründung berechtigte Rechtsanwalt seiner Unterschrift einen Zusatz beigefügt, durch den er die Verantwortlichkeit für den Inhalt des Schriftsatzes ablehnte.

Hiernach ist die erhobene Rüge unbegründet und es kann dahingestellt bleiben, ob ihr nicht auch ZPO. § 295 entgegenstehen würde. — — —

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 28. Sept. 1916. B. (Bkl.) w. Kr. VI. 336/14.

---

88. Keine Zurückverweisung in die 1. Instanz, wenn dort die Schadensklage nur wegen nicht vorhandenen Schadens abgewiesen ist.

Vgl. 66 Nr. 82 m. N.
ZPO. § 538 Nr. 3.

— — — Die Vorschrift des § 538 Nr. 3, daß das Ber.-Gericht die Sache, insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht 1. Instanz zurückzuverweisen hat, wenn im Fall eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil die Klage abgewiesen ist, hat, wie das Reichsgericht in Entsch. 59, 427 und JW. 10, 628 zutreffend darlegt, nur die Bedeutung, daß die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Schadensbetrags in den Fällen an die 1. Instanz zurückverwiesen werden muß, in denen der 1. Richter die Klage abgewiesen hat, weil nach seiner Ansicht der Beklagte zum Ersatz eines Schadens überhaupt nicht verpflichtet ist, der Ber.-Richter aber das Bestehen einer solchen Verpflichtung für gegeben erachtet. Dagegen bezieht sich die erwähnte Bestimmung nicht auf den Fall, daß der 1. Richter zwar ebenso wie der 2. Richter eine Verpflichtung des Beklagten zum Schadenersatze, wenn ein Schaden entstanden ist, anerkennt, die Klage aber deshalb abweist, weil nach seiner Annahme ein Schaden nicht entstanden oder das Vorhandensein eines solchen nicht nachweisbar oder nicht substanziert ist, wenn also die Richter der beiden Instanzen in der rechtlichen Beurteilung der Schadenersatzpflicht des Beklagten übereinstimmen und nur in der tatsächlichen Annahme des Vorhandenseins eines Schadens voneinander abweichen. Dies trifft hier zu. Der 1. Richter hat angenommen, daß der von dem Kläger auf 1214,97 ℳ angegebene Schaden, den dieser durch die Aufwendung von Kosten für die Tieferlegung des Hofraums erlitten haben

will, durch die Vorteile, die ihm die Verbesserung der Fröbelgasse brachte, ganz aufgewogen sei; er hat also nicht nur den Grund, sondern auch die Höhe des Klaganspruchs geprüft. Jedenfalls hat er, und hierauf kommt es an, die Frage des Betrages dadurch, daß er die ganze Forderung des Klägers ausgeglichen sein läßt, in den Bereich seiner Entscheidung gezogen. Damit ist aber die Sache auch hinsichtlich des Betrags an das Ber.-Gericht erwachsen. Das Gesetz will nicht eine doppelte Prüfung durch die 1. Instanz, es will nur die sachliche Prüfung des Klaganspruchs nach Grund und Betrag in zwei Instanzen gesichert wissen. In dem vorliegenden Fall war also die Zurückverweisung nicht veranlaßt und der Ber.-Richter nicht gehindert, über den Betrag selbst zu entscheiden. — — —

Urteil des Obersten LG. f. Bayern (2. Sen.) v. 22. März 1915. Reg. I. 192/14. BayObLGZ. 16, 50.

---

89. Die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbefehl kann auch ohne Sicherheit eingestellt werden.

ZPO. §§ 700. 719. 707.

Wenn es im § 700 ZPO. heißt, daß der Vollstr.-Befehl einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumnis erlassenen Endurteil gleichstehe, so müssen für ihn auch die Vorschriften Anwendung finden, welche hinsichtlich der Einstellung der Zw.-Vollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil in der Zivilprozeßordnung getroffen sind. Auf diesem Standpunkt stehen auch die Kommentare zur ZPO. (vgl. u. a. Seuffert Bem. 4 zu § 700; Gaupp-Stein II Abs. 3 das.). Nach §§ 719. 707 kann das Gericht aber aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil die Zw.-Vollstreckung auch ohne Sicherheitsleistung einstellen, und es findet nach den nämlichen Vorschriften eine Anfechtung des Beschlusses, welcher solche Einstellung ausspricht, nicht statt.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 11. Okt. 1916. R. & Co. w. Nordd. Nährmittelw. Bs. Z. IV. 92/16. Nö.

---

90. Pfändnng des baren Betrages einer Forderung beim Drittschuldner; Beschwerderecht des Schuldners?

ZPO. §§ 809. 828.

Der Gerichtsvollzieher wollte auf Grund eines Vollstreckungstitels gegen den Schuldner H. in der Wohnung der Frau N. Kartoffeln pfänden, von denen er annahm, daß H. sie dort nur eingestellt habe. Frau N. erklärte aber, daß sie die Kartoffeln von H. gekauft und ihm schon 5 ℳ angezahlt habe, den Rest von 14,80 ℳ wolle H. sich um 3 Uhr von ihr holen. Inzwischen erschien auch H. zu diesem Zweck. In dem Pfändungsprotokoll heißt es nun: Frau N. sei

bereit gewesen, das Geld an H. zu zahlen, er, der Ger.-Vollzieher habe hierauf das Geld als gepfändet erklärt und die Frau N. aufgefordert, das Geld an ihn zu zahlen, was auch geschehen sei. — Der Schuldner erhob Einwendungen gegen dieses Verfahren. Das Amtsgericht und ebenso auf Beschwerde das Landgericht nahmen an, daß dem Schuldner bares Geld gepfändet worden sei; es wurde nur geprüft und verneint, ob nach § 811 Nr. 2 ZPO. dieser Barbetrag dem Schuldner zum Einkauf von Lebensmitteln hätte gelassen werden müssen. Die weitere sofortige Beschwerde des Schuldners wurde zurückgewiesen. — Aus den Gründen:

„— — — Entweder waren bestimmte Geldstücke oder sonstige Zahlungsmittel bereits vor der Vollstreckungshandlung des Ger.-Vollziehers von Frau N. ausgesondert und dem Schuldner übergeben, etwa auf den Tisch gelegt und ihm, der sie haben wollte, zum Wegnehmen überwiesen. Dann war das Eigentum und der Gewahrsam auf H. übergegangen, und der Ger.-Vollzieher nahm bewegliche körperliche Sachen dem H. aus dessen Gewahrsam weg. Eine solche Sachpfändung war dann ordnungmäßig und gab dem Schuldner keinen Grund zu Einwendungen.

Oder es waren noch keine bestimmten Geldstücke oder Geldscheine in dieser Weise aus der Kasse der Frau N. entnommen, bereitgestellt und dem H. überwiesen. Dann hatte Frau N. zunächst nur ihre Bereitwilligkeit erklärt, des Schuldners Forderung zu bezahlen. Die Geldstücke ꝛc. waren aber noch ihr Eigentum und noch in ihrem Gewahrsam, es stand noch nicht fest, welche einzelnen Münzen oder Scheine in ihrem Geldbehältnisse dem H. gehörten und welche ihr; vielmehr gehörten alle noch ihr (oder ihrem Manne) und waren alle noch in ihrem Gewahrsam. Eine Pfändung von körperlichen Sachen des Schuldners in dessen Gewahrsam kam also dann noch nicht in Frage. Der Ger.-Vollzieher pfändete höchstens, wenn man sein Verhalten überhaupt als eine Pfändung von bestimmten Sachen ansehen will, bei einem zur Herausgabe bereiten Dritten Sachen, die noch garnicht ins Eigentum des Schuldners übergegangen waren, vielmehr noch dem Dritten selbst gehörten. Dann war aber der Schuldner H. in seinem Vermögen garnicht beeinträchtigt. Ihm wurde nichts genommen, die Pfändung griff weder in seinen Gewahrsam noch in sein Eigentum ein, die Münzen oder Scheine gehörten ja garnicht ihm, wurden auch ohne seine Zustimmung nicht etwa dadurch sein Eigentum, daß Frau N. sie statt ihm dem Ger.-Vollzieher übergab; was also mit diesen Geldmitteln der Frau N. geschah, berührt ihn nicht, er behielt nach wie vor seine Forderung an Frau N., die nur erloschen wäre, wenn Frau N. ihm gezahlt hätte. Die Pfändung fremder Sachen in fremdem Gewahrsam gibt ihm keinen Grund, die Aufhebung der Pfändung zu verlangen.

Eine andre mögliche und nach dem Pfändungsprotokoll wohl näher liegende Auffassung des Vorgehens des Ger.-Vollziehers ist aber noch die, daß er garnicht bereits bestimmte Münzen oder Scheine wegnahm, sondern

nur allgemein die Frau N. anwies (vgl. § 829 Abs. 1 Satz 1, § 835 ZPO.), ihren Schuldbetrag von 14,80 ℳ nicht an H., sondern an ihn, den Ger.-Vollzieher, zu zahlen. In diesem Fall aber beschlagnahmte er nicht unmittelbar bestimmte körperliche Sachen, sondern eine bei der Drittschuldnerin ausstehende Forderung auf Zahlung eines Kaufpreisrestes. Dazu war er gesetzlich nicht zuständig, das konnte nur das Amtsgericht (§ 828 ZPO.). Die Beschlagnahme war also nichtig. Wenn Frau N. daraufhin an den Ger.-Vollzieher zahlte, so zahlte sie an eine nicht für H. zum Empfange berechtigte Person und deshalb brachte diese Zahlung die Forderung des H. nicht zum Erlöschen. H. behielt nach wie vor das Recht, von ihr Bezahlung des Kaufpreises zu fordern, ist also auch bei dieser Auffassung nicht in seinem Vermögen beeinträchtigt.

Mag man also das Pfändungsprotokoll so oder so verstehen, in keinem Fall hat der Schuldner H. Grund, gegen die Vollstreckungshandlung Einwendungen zu erheben."

Beschluß des OLG. zu Jena v. 18. Jan. 1915. 2 W. 2/15. ThürBl. 63, 219.

---

91. Fallen Vergütungen für den Vorstand oder die Mitglieder eines Grubenvorstandes unter § 61 Nr. 1 KO?

Vgl. 42 Nr. 29; 56 Nr. 221 S. 397.
KO. § 61[1]; Preuß. Allg. BergG. § 128.

Nach § 61[1] KO. sind im Konkurse bevorrechtigt gewisse Forderungen derjenigen Personen, die sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten verdungen haben. Der Umfang des hiermit eingeführten besonderen Rechtsbegriffs ist in der Rechtsprechung und dem Schrifttum mit verschiedenen Ergebnissen erörtert. Daran besteht kein Zweifel, daß sich die Tragweite der geltenden Vorschrift über diejenige älterer, gleichgerichteter Bestimmungen, die nur den Schutz des Lidlohnes bezweckten, hinaus erstreckt, daß weder ein dauerndes Verhältnis noch eine persönliche Botmäßigkeit des Dienstverpflichteten zu fordern ist, daß sich auch der Zweck der Vorschrift nicht in dem Schutz der wirtschaftlich Schwachen erschöpft. Mit Recht ist dem Direktor einer Aktiengesellschaft, der durch den Anstellungsvertrag seine Berufsarbeit dem Dienste der Gesellschaft widmet, für die Gehaltsforderung das Vorrecht des § 61[1] zuerkannt. Ob auch Dienste andrer Art, welche die Tätigkeit des Dienstverpflichteten weniger ausschließlich in Anspruch nehmen, des Handlungsagenten, des mit der Führung der Bücher betrauten Bücherrevisors, auf das Vorrecht Anspruch haben, mag im einzelnen Fall zweifelhaft sein. Unumgängliches Erfordernis ist aber immer, daß nur eigentliche Dienstverträge, nicht aber ein Werkvertrag oder ein sich sonst von dem Wesen des Dienstvertrages entfernendes Verhältnis vorliegen. Denn andernfalls kann nicht wohl davon die Rede sein, daß sich der Fordernde zu Diensten verdungen habe.

Die Frage, ob hiernach dem Repräsentanten einer Gewerkschaft oder dem Vorsitzenden oder Mitglied des Grubenvorstandes das Vorrecht zustehe, ist allgemein nicht zu beantworten. Die sich in der Auslegung des preuß. Berggesetzes von Brassert-Gottschalk[2] zu § 128 Anm. 5 findende Bemerkung, welche die Frage grundsätzlich bejaht, entbehrt der Begründung und hält gegenüber den Vorschriften des Gesetzes nicht stich. Das Berggesetz regelt die Rechtsverhältnisse dieser Personen nur im Hinblick auf die ihnen übertragene Vertretungsmacht. Welcher Art das innere Verhältnis der Gewerkschaft zu ihrem Vertreter sei, wird freier Vereinbarung überlassen. Es ist denkbar, daß ein Repräsentant oder ein Mitglied des Grubenvorstandes der Leiter des Betriebes oder in diesem angestellt ist. Dann wird er mit Recht das Vorrecht im Konkurse in Anspruch nehmen, aber nicht kraft seiner Eigenschaft als Repräsentant oder Grubenvorstand, sondern kraft des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses. Im Zweifel wird durch die Übernahme der Stellung eines Repräsentanten ꝛc. nur ein Auftragsverhältnis begründet (vgl. § 128 preuß. Allg. BergG.).

In dem gegenwärtigen Fall ergeben sich aus dem Vertrage des Klägers keinerlei Umstände, die eine von dem gesetzlichen Regelfall abweichende Beurteilung seiner Stellung rechtfertigen. Der Kläger, ein selbständiger Kaufmann in Hamburg, war im Jahre 1913 Vorsitzender des Grubenvorstandes der Gewerkschaft H. in Hannover. Die mit dem Amt verbundene Tätigkeit nahm ihn im Durchschnitt während einer Stunde des Tages in Anspruch. Sie hinderte ihn nicht, seinen Wohnsitz in Hamburg und seine sonstige Erwerbstätigkeit beizubehalten. Eine Verpflichtung, die Tätigkeit für die Gewerkschaft eine bestimmte Zeit fortzuführen, nahm er nicht auf sich; es stand ihm frei, das Amt jederzeit niederzulegen. Vom Oktober bis Ende 1913 war er denn auch nicht mehr Vorsitzender sondern nur noch Mitglied des Grubenvorstandes. Ebensowenig erwarb er durch die Übernahme des Amts einen Rechtsanspruch auf eine Vergütung. Zwar war die Bewilligung einer solchen im Statut vorgesehen, und es mochte nach Brauch und Herkommen von vornherein mit ihr gerechnet werden; immerhin stand die Bewilligung in dem Ermessen der Gewerkenversammlung und erfolgte für das laufende Jahr. Die Vergütungen für 1913 sind durch Beschluß der Gewerkenversammlung v. 14. Mai 1913, also nach Beginn der Amtszeit, auf welche sich der Beschluß bezog, festgesetzt worden. Durch die nachträgliche Bewilligung einer belohnenden Vergütung wird der unentgeltlich übernommene Auftrag nicht in einen Dienstvertrag umgewandelt. Nach alledem hat sich der Kläger nicht zur Leistung von Diensten für die Gewerkschaft verbungen.

Urteil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 15. Juni 1916. L. w. Konk. Gewerksch. E. 2 U. 48/16. I.—t.

I. Bürgerliches Recht.

92. Unsittlichkeit sog. Knebelungsverträge.

Vgl. 67 Nr. 103. 147.

BGB. § 138.

Die Parteien hatten am 1. Nov. 1914 ein Abkommen geschlossen, durch welches die Klägerin den Alleinverkauf der Fabrikate des Beklagten in den dort angegebenen Grenzen übernahm. Der Beklagte behauptete, daß der Vertrag als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sei. Die Klägerin klagte auf Feststellung, daß der Vertrag zu Recht bestehe. Sie wurde in 2. Instanz mit der Klage abgewiesen. Aus den Gründen:

„Der Beklagte erachtet den Vertrag für nichtig nach § 138 BGB., erstens weil er ihn übermäßig knebele, zweitens weil er zur Täuschung des Publikums geschlossen sei. Die erste Begründung trifft zu. Der Vertrag enthält derartig scharfe Bestimmungen zu Lasten des Beklagten, daß er als wider die guten Sitten verstoßend angesehen werden muß.

Das der Klägerin eingeräumte Recht des ausschließlichen Alleinverkaufs aller Erzeugnisse des Beklagten geht so weit, daß es geeignet ist, den selbständigen Geschäftsbetrieb des Beklagten wenn nicht zu unterbinden, so doch jeglicher Entwickelungsmöglichkeit zu berauben. Es erstreckt sich nicht nur auf den gesamten Versand, nicht nur auf Hamburg, Altona, Harburg und Wandsbeck, sondern auch auf ‚alle diejenigen außerhalb des vorgenannten Bezirks gelegenen Orte, mit denen der Beklagte ein laufendes Geschäft noch nicht macht und für die die Klägerin unmittelbar oder mittelbar Verkäufe abschließt oder auch nur Kunden bearbeitet oder interessiert'. Aber auch hinsichtlich der dem Beklagten hiernach noch verbleibenden Orte kann die Klägerin die Absatzmöglichkeiten jederzeit einschränken, auf Grund der Bestimmung: ‚Gleicherweise werden Personen oder Firmen, die außerhalb unsers Bezirks wohnen und denen wir etwas direkt oder indirekt verkaufen, oder sie auch nur für die in Frage kommenden Fabrikate bearbeiten oder interessieren, uns für die Zukunft, als unter diesen Vertrag fallend, reserviert, auch wenn Sie nach dem betreffenden Orte Ihrerseits schon liefern'. Klägerin ist also in der Lage, jahrelange Kunden des Beklagten, indem sie ihnen ein Angebot schickt und sie damit ‚für die in Frage kommenden Fabrikate interessiert', dem Beklagten für die Zukunft zu nehmen und auf sich überzuführen; das wird der Klägerin noch dadurch erleichtert, daß der Beklagte auch innerhalb des ihm verbliebenen Geschäftsbezirks niemandem billigere Preise und

bessere Bedingungen einräumen kann als der Klägerin, die hierdurch die Möglichkeit gewinnt, ihn bei seinen eigenen Kunden mit seiner eigenen Ware aus dem Felde zu schlagen, während dem Beklagten die Neueinführung seiner Waren auf noch nicht bearbeitetem Boden so gut wie unterbunden wird. Abgesehen von dieser bedingten hat sich die Klägerin aber auch eine unbedingte Bindung der Preise ausbedungen, bei gewissen Erzeugnissen für die ganze Vertragszeit, sofern nicht der Nachweis der Unmöglichkeit ihrer Innehaltung geführt wird, im übrigen jedenfalls ein Jahr lang, nachdem Klägerin von der ihr mitgeteilten Änderung Kenntnis genommen hat. Veränderungen der Wirtschaftslage kann also der Beklagte der Klägerin gegenüber nur im beschränktesten Maße ausnutzen, und auch das nur nach oben, während Änderung von Preisen oder Bedingungen nach unten, welche der Beklagte Dritten einräumt, automatisch auch der Klägerin zugute kommen.

Die Alleinverkaufspflicht des Beklagten würde viel von ihrem Druck verlieren, wenn ihr als natürliches Gegengewicht eine Bezugspflicht der Klägerin gegenüberstände. Davon ist aber im Vertrage keine Rede. Die Klägerin ist also imstande, den Beklagten dadurch, daß sie nichts von ihm bestellt, überhaupt lahmzulegen. Ohne Not wird sie das vielleicht nicht tun. Aber daß sie dessen fähig ist und, etwa in Streitfällen mit dem Beklagten, rücksichtlos von ihren vertraglichen Rechten Gebrauch machen würde, ist, wenn sie sich auch im Prozeß auf einen andern Standpunkt stellt, nach ihren eigenen brieflichen Drohungen in dem Schreiben nicht zu bezweifeln. Schon daß nach dem Vertrage für den Beklagten die Möglichkeit besteht, in dieser Weise behandelt zu werden, macht den Vertrag zu einem unbilligen und gegen die guten Sitten verstoßenden. ‚Ob eine Handlung gegen die guten Sitten verstößt, kann nur nach dieser Handlung selbst und ihren Begleitumständen, nicht aber nach ihrem Erfolg beurteilt werden' (Hans. OLG. in Schl.-Holst. Anz. 1906, 84).

Schon diese rein vermögensrechtliche Knebelung des Beklagten, die sich mindestens auf eine Vertragszeit von 10 Jahren erstreckt, begründet eine Geschäftsgebundenheit des Beklagten, die ihn derart rechtlos stellt, daß er in mehr als einer Hinsicht ‚der unverantwortlichen Willkür und dem Belieben der Klägerin preisgegeben ist' (vgl. Kohler Arch. f. B. R. 31, 240).

Dazu kommen aber Umstände sittlicher Art. Dem Beklagten werden Pflichten hinsichtlich der Beaufsichtigung seiner Geschäftsbriefe, hinsichtlich des geschäftlichen Verhaltens gegenüber Dritten auferlegt, die für einen selbständigen, auf seine Ehre haltenden Kaufmann unerträglich sein müssen. Er darf mit Personen des klägerischen Interessenbereichs keinen Briefwechsel irgendwelcher Art führen, ihnen demgemäß weder den Empfang eines Briefes anzeigen noch mitteilen, daß er ihn an die Klägerin weitergeleitet habe. Er hat jeden Verkehr mit diesen persönlich, durch Angestellte oder Dritte oder durch Fernsprecher zu unterlassen. Sollten sich solche Personen persönlich mit

ihm wegen Lieferung oder Angebote in Verbindung setzen, so steht ihm wohl das Recht zu, ihnen seinen Betrieb zu zeigen; er hat sich aber jeglicher Besprechungen, Abmachungen 2c. über Preise, Bedingungen sowie Lieferungen 2c. aufs strengste zu enthalten, die Betreffenden an die Klägerin zu verweisen und diese unter Angabe aller Einzelheiten zu benachrichtigen. Es ist ihm also nicht einmal gestattet, einem derartigen Kauflustigen auf Befragen den Preis der von ihm besichtigten Gegenstände mitzuteilen — eine Vorschrift, die geradezu niederdrückend auf das Selbstbewußtsein eines Kaufmannes wirken muß. Wie sehr es die Klägerin überhaupt darauf absieht, die geschäftliche Persönlichkeit des Beklagten zu vernichten, zeigt das von ihr ausbedungene Recht, während der Dauer des Vertrages an oder in seinem Fabrikunternehmen ihre Schilder anzubringen. Dem Vertragsinhalt entsprach das Verhalten der Klägerin, wie der Fall mit dem Spandauer Artilleriedepot zeigt. Auf Vorsagen eines Andern einen Brief, wie den damaligen, an einen Dritten schreiben zu müssen, heißt sich einer Entwürdigung unterziehen, die schwer zu überbieten ist.

Das Landgericht verkennt nicht die den Bedingungen des Vertrages innewohnende Schärfe. Es bringt aber zum Ausdruck, daß selbst völlige Lahmlegung der geschäftlichen Betätigung einer Partei dann zulässig erscheine, wenn dafür ausreichende Vorteile gewährt würden. Es ist nicht zu verkennen, daß der Vertrag geeignet war, dem Beklagten, der das Zusammenarbeiten mit der Klägerin und ihren Rechtsvorgängerinnen von den früheren Verträgen her kannte, einen hohen Absatz, namentlich nach überseeischen Ländern zu bringen, daß auch die Übernahme der Sicherheits- und Zahlungsgefahr durch die sichere Klägerin für ihn einen außerordentlich großen Vorteil bedeutete, wie ihn die wenigsten Fabrikanten genießen. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Vorteile eine ausreichende Gegenleistung für seine vermögensrechtliche Knebelung bildeten. Denn keinenfalls waren sie ein Ausgleich für die sittliche Entwürdigung, die die Klägerin dem Beklagten zumutete. Eine solche läßt sich überhaupt nicht mit Geld gut machen, wenigstens für einen anständigen und ehrliebenden Kaufmann. Und nur vom Standpunkt der redlich und anständig denkenden Verkehrskreise ist der Vertrag zu beurteilen. Von diesem Standpunkt aus verstößt er wider die guten Sitten. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 8. Nov. 1916. Nordd. Geldschr.-Ges. (Kl.) w. Tr. Bf. I. 111/16. B.

---

93. Festbestimmte Abrufzeit bei einem Nicht-Fixgeschäft.

Vgl. 63 Nr. 202 m. N.; 69 Nr. 3. 27.
BGB. §§ 163. 271. 284. 361; HGB. § 376.

Zwischen dem Beklagten, als Verkäufer, und der klagenden Firma, als Käuferin, war am 26. August 1914 ein Vertrag über 60 bis 100 Haut Rind-

leder, je 14 bis 20 Pfund schwer, zum Preise von 3,40 ℳ das Pfund, zahlbar bei Empfang mit 1% Skonto, lieferbar bis Ende Dezember 1914, geschlossen worden. Der Beklagte hatte am 24. Sept. und am 21. Okt. 1914 je 10 Haut geliefert und den Preis empfangen. Dagegen lehnte er das Ersuchen der Klägerin v. 5. Januar 1915 um Weiterlieferung ab und ebenso ihre Aufforderung v. 26. Februar 1915, die noch rückständigen 40 Haut binnen 14 Tagen zu liefern, widrigenfalls sie die Annahme ablehne und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen werde. Die Klägerin forderte nun Schadenersatz von im ganzen 4080 ℳ. Der Beklagte bestritt den Anspruch nach Grund und Betrag, wobei er u. a. geltend machte, der Vertrag sei mit der Maßgabe geschlossen worden, daß er nur bis zum Ablauf des Jahres 1914 und zwar je nach Abruf habe zur Lieferung verpflichtet sein sollen. — In 1. Instanz wurde der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. In 2. Instanz wurde die Entscheidung von dem Eide des Beklagten abhängig gemacht: bei Abschluß des Vertrages sei vereinbart, daß die Lieferung bis zum 31. Dez. 1914 abgerufen sein müsse. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„— — — Dem Ber.-Gericht fällt insofern ein Rechtsirrtum zur Last, als es in der unter Eid gestellten Vereinbarung die Bestimmung eines Endtermins i. S. des § 163 (vgl. § 158 Abs. 2) BGB. gefunden hat. Daß mit dem Ablauf des Jahres 1914 oder mit der Nichtvornahme des Abrufs bis zu diesem Zeitpunkte die Wirkung des Rechtsgeschäfts habe endigen sollen, ist bei einer nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte erfolgenden Auslegung aus jener Vereinbarung nicht zu entnehmen und auch von dem Beklagten garnicht geltend gemacht worden. Der Rechtsstandpunkt des Beklagten war vielmehr der, daß nach dem Willen beider Teile die Erfüllung des Vertrages innerhalb des Jahres 1914 habe erfolgen und nach Ablauf dieses Zeitraums habe ausgeschlossen sein, zur Erfüllung durch die Klägerin aber auch der Abruf, als eine ihr obliegende Hauptleistung, habe gehören sollen, sowie daß dieser Wille in der vertraglichen Festsetzung der Verpflichtung, die Ware bis zum 31. Dez. 1914 abzurufen, erkennbar zum Ausdruck gelangt sei. Darin ist zwar nicht die Behauptung eines Fixgeschäfts zu finden. Es unterliegt jedoch keinem Bedenken, daß auch bei einem Nichtfixgeschäft die Vertragschließenden der Erfüllungszeit wesentliche Bedeutung beilegen und die Abrufspflicht zu einer Hauptverpflichtung des Käufers machen können, und zwar dergestalt, daß beim Unterbleiben des Abrufs der Käufer mit dem Ablauf der kalendermäßig bestimmten Frist nicht nur ohne Mahnung in Leistungsverzug geraten, sondern daß ihm auch hinterher eine dem beiderseitigen Vertragswillen entsprechende Erfüllung nicht mehr möglich und der Verkäufer deshalb ohne weiteres zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sein würde (Warneyer Erg. Bd. 1916 Nr. 221). Ebenso ist anzuerkennen, daß ein Lieferungsvertrag, worin dem Käufer der Abruf inner-

halb eines bestimmten Zeitraums ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden, zumal bei Berücksichtigung der Umstände, unter denen er zustandegekommen ist, sehr wohl in diesem Sinne ausgelegt werden kann. Beides hat das Ber.-Gericht offenbar übersehen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 29. Sept. 1916. B. & K. (Kl.) w. W. (OLG. Hamm.) II. 163/16.

---

94. Unmöglichkeit der Leistung; ist der erlangte Ersatz dem Gläubiger auch bei Gattungsschulden herauszugeben?

Vgl. oben Nr. 27.
BGB. § 281.

Im Mai 1914 hatte der Beklagte dem Kläger 600 Sack Superior-Kartoffelstärke zum Preise von 22 ℳ für 100 kg verkauft, lieferbar je 100 Sack Oktober, Dezember 1914, Februar, April, Juni, August 1915. Die Lieferungen für Februar und April 1915 waren ihm unmöglich geworden, da am 25. Februar 1915 sämtliche in Deutschland hergestellte Kartoffelstärke durch Verordnung des Bundesrats zugunsten der Trockenkartoffel-Verwertungs-Gesellschaft m. b. H. beschlagnahmt wurde (RGBl. 1915, 118). Mit der Behauptung, der Beklagte habe seine Bestände — 44800 kg — mit mindestens 44 ℳ für den Sack von der genannten Gesellschaft bezahlt bekommen, der Überschuß dieses Preises über den Vertragspreis gebühre nach § 281 BGB. dem Kläger, erhob dieser Klage auf Zahlung von 4400 ℳ nebst Prozeßzinsen. — Während das Landgericht die Klage abwies, erklärte das Oberlandesgericht den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das Reichsgericht stellte die Klagabweisung wieder her. Gründe:

„Verkauft ein Fabrikant Ware, die er selbst herstellt, so werden, auch ohne daß es besprochen wird, die Umstände nicht selten die Annahme nahelegen, daß nur die Erzeugnisse der eigenen Fabrik den Vertragsgegenstand bilden sollen. Wie sich ein solcher Fall zu dem Surrogationsgrundsatz (§ 281 BGB.) verhält, braucht nicht geprüft zu werden, denn nach den Feststellungen des Ber.-Gerichts hat der Beklagte Kartoffelstärke schlechthin, nicht lediglich eigenes Fabrikat verkauft. Es fragt sich nur, ob die Pflicht zur Ersatzherausgabe auch für gewöhnliche Gattungsschulden gilt.

Im Ber.-Urteil wird die Frage abweichend von der Ansicht des 1. Richters bejaht. Das Ber.-Gericht hält den § 281 BGB. auf Gattungsschulden unmittelbar für anwendbar. Zum Beweise führt es aus, das Wort ‚Gegenstand' bezeichne nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes einen weiteren Begriff als ‚Sache', und auch bei Gattungsschulden werde ein Gegenstand geschuldet. Beides ist gewiß richtig, trifft aber nicht den entscheidenden Punkt (‚geschuldeter Gegenstand' in § 281 ist nur sprachliche Glättung des 1. Entw. § 238 ‚für den Gegenstand der letzteren', nämlich der Leistung; praktisch

kommen nur Sachen in Betracht). Entscheidend ist, daß der Schuldner denselben Gegenstand, für den er Ersatz erlangte, geschuldet haben muß. Während der Ersatz immer für bestimmte, konkrete Sachen gewährt wird, kann man bei einer noch nicht nach § 243 Abs. 2 BGB. individualisierten Gattungsschuld nicht sagen, jene später ersetzten Sachen seien geschuldet gewesen. Die Identität ist hier begrifflich ausgeschlossen. Der Gläubiger war nicht berechtigt, die Leistung der ersetzten Sachen ganz oder teilweise zu fordern (vgl. § 241 BGB.); die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, grade sie zu leisten, würde bei Fortdauer der Gattung die Verpflichtung in keine Schadenersatzpflicht umgewandelt haben (vgl. § 280 BGB.); war die Unmöglichkeit von ihm nicht zu vertreten, so hätte der Fortbestand der Gattung seine Befreiung gehindert (vgl. § 275 BGB.); eine auf jene Sachen beschränkte Unmöglichkeit hätte dem § 281 keinen Raum verschafft. Alles das folgt aus dem Wesen der Gattungsschuld, die, solange nicht der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, auf keine individuelle Sache gerichtet ist.

Unmittelbar greift sonach die Vorschrift des § 281 bei Gattungsschulden nicht Platz. In juristischen Aufsätzen der jüngsten Zeit wird aber mehrfach einer entsprechenden Anwendung das Wort geredet, zum Teil mit der Begründung, der Krieg habe ein rechtliches Problem aufgeworfen, dem es gerecht zu werden gelte. Auch dem kann jedoch nicht beigetreten werden.

Läßt man die Ausdehnung des § 281 auf verschuldete Unmöglichkeit als unwesentlich beiseite, so geht der Grundgedanke der Vorschrift dahin, daß der Schuldner, der durch ein bestimmtes Ereignis von seiner Verpflichtung frei wird, dem Gläubiger sämtliche Wirkungen des Ereignisses, einschließlich der vorteilhaften, in Rechnung stellen muß. Von diesem Gedanken aus nötigt eine Beschlagnahme der geschuldeten Gattung, verbunden mit einem dem Schuldner zugeflossenen Ersatz, noch nicht zur Herausgabe des Ersatzes an den Gläubiger. Sicherlich spricht hierfür dann keine Billigkeitsrücksicht, wenn der Gläubiger ohne die Beschlagnahme diejenigen Stücke der Gattung, auf die sich der Ersatz bezog, garnicht erhalten haben würde. Verlangt werden müßte mindestens, daß der Schuldner sie zur Erfüllung seiner Verpflichtung benutzt hätte. Der Voraussetzung des § 281: Geschuldetsein der ersetzten Spezies, müßte das Erfordernis entsprechen, daß die ersetzten Gattungsstücke dem Gläubiger tatsächlich geleistet worden wären. Allein eine Regel von einleuchtender Billigkeit ist damit nicht gewonnen. Bei einer individuell geschuldeten Sache liegt es gewissermaßen in der Natur der Dinge, daß, falls sie nicht geleistet werden kann, der Anspruch auf die Sache selbst in den Anspruch auf das Surrogat übergeht. Daher tritt die Vorschrift in den früheren Rechtssystemen nicht besonders hervor; der Zwang zur Herausgabe des Ersatzes erscheint als selbstverständliche Nachwirkung der erloschenen Schuld; vgl. die Stellen bei Windscheid Pand. § 264 Anm. 6, code civil Art. 1302. 1303. Dagegen wird bei Gattungsschulden durch den bloßen Entschluß des

Schuldners, eine bestimmte Sache zu leisten, noch keine rechtlich erhebliche Beziehung des Gläubigers zu ihr geschaffen. Wollte man dennoch, wenn es sich um ein Surrogat handelt, diesem Entschluß oder der Gewißheit seiner Verwirklichung das gleiche Gewicht beilegen wie dem Geschuldetsein der Sache, so gelangte man folgerecht zu einer allgemeinen Ausgleichungspflicht von unberechenbarer Tragweite. Absichtlich und aus wohlerwogenen Gründen hat das Gesetz die Ausgleichung auf genau umschriebene Tatbestände, wie Bereicherung auf fremde Kosten ohne Rechtsgrund (§§ 812. 816), Surrogation der geschuldeten Sache (§ 281), compensatio lucri cum damno oder den Fall des § 255 beschränkt.

Zu der mangelnden inneren Rechtfertigung treten die Unzuträglichkeiten der Durchführung hinzu. Die Nachforschung nach dem, was der Schuldner getan hätte, wenn die Zukunft anders ausgefallen wäre, bedeutet ein Eindringen in das Gebiet, das seiner freien Entschließung vorbehalten bleiben muß; sie führt auch überaus häufig nicht zum Ziel. Mag der Kaufmann in blanco verkauft und Deckungskäufe abgeschlossen haben oder mag er Vorräte besitzen: der Beweis, daß er gerade diejenigen Stücke, die beschlagnahmt wurden, diesem bestimmten Gläubiger geleistet haben würde, wird oft nicht zu erbringen sein. Ist doch das Lager des Kaufmanns einem ständigen Wechsel unterworfen; sehr möglich, daß er alle Bestandteile, die es im Augenblick der Beschlagnahme aufwies, vor der Fälligkeit der Schuld anderweit veräußert hätte. Selbst Kundgebungen im Inneren des Betriebes, wie Weisungen an das Personal, Einträge in ein Geschäftsbuch könnten, da sie jederzeit zurücknehmbar sind, nicht ohne weiteres als schlüssiger Gegenbeweis gelten. Erst die Individualisierung der Schuld ändert das Verhältnis. Wird nunmehr die als Schuldgegenstand herausgestellte Sache, sei es allein oder mit der ganzen Gattung, beschlagnahmt und Ersatz dafür gewährt, so trifft den Schuldner die Pflicht, das Erlangte herauszugeben.

Da hiernach die vorgeschlagene Analogie abzulehnen ist, mußte das Urteil des Landgerichts wiederhergestellt werden."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 30. Okt. 1916. S. (Bkl.) w. K. (OLG. Celle). II. 263/16. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 71 S. 287.

---

95. Schadensberechnung bei Versäumung der nach § 283 BGB. gesetzten Nachfrist.

Vgl. 63 Nr. 150.

BGB. §§ 283. 325 Abs. 2, 252.

Der Beklagte war durch Urteil v. 1. März 1915 verurteilt worden, der Klägerin vier Barrels Rizinusöl gegen Zahlung des Kaufpreises von 168 *M* für den Doppelzentner zu liefern. Seine Berufung war durch Urteil v. 2. Nov. 1915 zurückgewiesen worden. Diesen Urteilen lag ein am 16. Nov. 1914 ab-

geschlossener Kaufvertrag zugrunde, wonach der Beklagte der Klägerin für sofort 10 Barrels Rizinusöl zu liefern hatte. Sechs Barrels hat er damals geliefert. Am 2. Nov. 1915 setzte ihm die Klägerin gemäß § 283 BGB. eine Lieferungsnachfrist für die restlichen vier Barrels bis zum 8. Dez. 1915. Da der Beklagte Lieferung ablehnte, forderte sie Schadenersatz wegen Nichterfüllung: Sie berechnete ihren in entgangenem Gewinn bestehenden Schaden unter Annahme des 8. Dez. 1915 als Stichtages abstrakt mit 2203,20 *M*. — In 1. Instanz wurde der Beklagte, der Unmöglichkeit der Leistung vorgeschützt hatte, zur Zahlung von 2203,20 *M* nebst 5% Zinsen seit dem 7. Jan. 1916 verurteilt. Wegen eines Teilbetrages von 340 *M* nebst Zinsen beruhigte sich der Beklagte hierbei, wegen des Mehrgeforderten bat er um Abweisung der Klage. Im übrigen aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Beklagte bescheidet sich dessen, daß er der Klägerin Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten habe. Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat sich deshalb auf die Frage zu beschränken, ob der Schadensanspruch der Klägerin in der ihr vom Landgerichte zugesprochenen Höhe begründet ist oder nicht. Hierbei war von folgenden Erwägungen auszugehen.

Für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der vom Gläubiger nach § 283 BGB. gestellten Nachfrist ist zu unterstellen, daß die Leistung während des Verzuges des Schuldners aus einem von ihm zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist (§ 325 Abs. 2 BGB.). Die Folge ist, daß sich das ganze Vertragsverhältnis — nicht bloß der Bestandteil desselben, bezüglich dessen ein Schuldnerverzug vorlag, und nicht bloß der urteilmäßige Anspruch — in einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung auflöst;

vgl. RGEntsch. 61, 353; 66, 67; Staub HGB.[9]. Erl. zu § 374 Anm. 149, Bd. 2, 663.

Kein Teil kann mehr vom andern Erfüllung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses fordern. Der Schuldner hat nunmehr den Gläubiger durch Leistung einer Geldentschädigung so zu stellen, wie er dastehen würde, wenn der abgeschlossene Vertrag nach Lieferungsgegenstand und Zeit ordnungmäßig erfüllt worden wäre. Der Schuldner hat insbesondere den Gewinn zu ersetzen, den der Gläubiger nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte (§ 252 BGB.).

Die Klägerin, die vor Kriegsbeginn Kommissions- und Agenturgeschäfte betrieb, behauptet, daß sie seit Kriegsbeginn Geschäfte in Ölen auch auf eigene Rechnung mache und daß sie als Eigenhändlerin den Kauf v. 16. Nov. 1914 über 10 Barrels Rizinusöl mit dem Beklagten abgeschlossen habe. Dies mag für die Entscheidung zu ihren Gunsten als wahr unterstellt werden. Als zu entschädigender entgangener Gewinn käme alsdann der Gewinn in Betracht, den die Klägerin bei rechtzeitiger Lieferung aus der Weiterveräußerung der Ware gezogen haben würde. Bestimmte Tatsachen in der Richtung, daß sie die nicht gelieferte Ware bereits mit Gewinn weiter verkauft gehabt habe

und nicht habe liefern können oder daß sie ihren Bedarf anderweit zu höheren Preisen gedeckt habe, hat sie nicht aufgestellt. Sie hat eine abstrakte Berechnung ihres Schadens gewählt. Für diesen Fall hat der Käufer unter gewöhnlichen Verhältnissen die Wahl, ob er seiner Schadensberechnung den Marktpreis zur Zeit des eingetretenen Verzuges oder den Marktpreis am Ende der Nachfrist zugrunde legen will.

Dieser Grundsatz ist zunächst für die Fälle des § 326 BGB. ausgesprochen worden (vgl. Staub 2, 611 Anm. 62). Vielfach wird die Regel auch in den Fällen des § 283 BGB. zutreffen. Doch darf nicht außer Betracht bleiben, daß hier der Ablauf der Nachfrist meist zeitlich sehr viel später liegt als der Zeitpunkt, mit welchem der Schuldner in Erfüllungsverzug gekommen ist.

Der § 283 BGB. entspricht dem § 243 des 1. Entw. Nach diesem sollten für den hier geordneten Fall die Vorschriften der § 240—242 Entw. entsprechend angewendet werden. In § 242 Abs. 2 war bestimmt:

> Für die Bestimmung des Wertes eines Gegenstandes, dessen Leistung ganz oder teilweise unmöglich geworden, ist der Ort der Leistung sowie die Zeit entscheidend, in welcher der Schuldner zu leisten verpflichtet war. Den Wert einer späteren Zeit kann der Gläubiger nur geltend machen, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß sein Schaden in der Entziehung des höheren Wertes besteht.

Diese Vorschrift ist nun allerdings von der 2. Kommission gestrichen worden, ‚weil sich gegen die Bestimmung, welche sie über den maßgebenden Zeitpunkt treffe, gegründete Bedenken erheben ließen und kein Bedürfnis bestehe, diese Frage, die bei jedem Schadenersatzanspruch auftauche, für den Fall des § 240 besonders zu entscheiden' (Prot. 1, 219). Hieraus folgt aber nur, daß die Frage nach dem maßgebenden Zeitpunkte lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Ermittelung des Schadens zu entscheiden ist, insoweit es sich um entgangenen Gewinn handelt, also vornehmlich nach § 252 BGB. (vgl. Planck BGB.[4] § 280 Bem. 1c). Daß nicht schlechthin der Ablauf der Nachfrist maßgebend sein kann, ergibt schon die Erwägung, daß die Stellung der Nachfrist im Belieben des Gläubigers liegt und er es demnach in der Hand hätte, bei steigender Tendenz des Marktpreises durch Zuwarten seinen Ersatzanspruch beliebig zu vergrößern.

Die Klägerin hat für ihre Schadensberechnung als Stichtag das Ende der Nachfrist gewählt. Das war der 8. Dez. 1915. Sie will damit unterstellt haben, daß sie, wenn der Beklagte ordnungmäßig kurz nach dem 16. Nov. 1914 die geschuldeten 4 Barrels geliefert hätte, diese bis zum 8. Dez. 1915 auf Lager genommen und alsdann zu dem für diesen Tag vom Sachverständigen festgestellten Marktpreise von 492 ℳ für 100 kg, also mit einem Gewinn von 2203 ℳ verkauft haben würde. Daß sie bestimmt so gehandelt haben würde, vermag sie nicht zu behaupten, sie sagt nur, daß sie wahrscheinlich das Öl zunächst behalten haben würde, um einen höheren Nutzen zu erzielen. Das Gericht bleibt also bei der Ermittelung des eingetretenen Schadens auf

bloße Annahmen verwiesen, die sich nicht auf feststehende Tatsachen, sondern auf eine Wahrscheinlichkeit gründen. In solchem Fall hat es den Schaden unter Würdigung aller Umstände im Rahmen des § 252 BGB. nach freier Überzeugung zu schätzen (§ 287 ZPO.).

Berücksichtigt man nun, daß die jetzt streitigen vier Barrels Öl nur den nicht gelieferten Teil eines Kaufes von zehn Barrels darstellen, so besteht zunächst schon eine nicht geringe Wahrscheinlichkeit dafür, daß der ganze Kauf einem einheitlichen Zwecke dienen sollte und daß deshalb mit den nicht gelieferten vier Barrels nicht anders verfahren worden wäre als mit den eingegangenen sechs Barrels. Letztere hat die Klägerin zweifellos nicht über Jahresfrist eingelagert. — — — Gegen die Wahrscheinlichkeit einer langen Einlagerung bar bezahlter Ware spricht die Erfahrungstatsache, daß ein Kaufmann bestrebt ist, das von ihm angelegte Betriebskapital schnell arbeiten zu lassen und möglichst oft umzusetzen. Hier handelt es sich allerdings um eine infolge der Kriegsverhältnisse knapp gewordene Ware ausländischer Herkunft, die die Neigung zu außerordentlicher Preissteigerung zeigte und deshalb zu Hausse-Spekulationen reizen konnte. Es mag der Klägerin ohne weiteres zugegeben werden, daß sie in Erwartung des Steigens der Preise eine Zeitlang mit dem Weiterverkauf gewartet haben würde. Dabei darf davon ausgegangen werden, daß sie bei der Entschließung, wie lange sie mit einem Weiterverkauf warten sollte, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auch das Risiko erwogen haben würde, das sie bei einem Abwarten auf sich nahm. Als Nachteile einer längeren Einlagerung kamen Lagerspesen und die Gefahr des Schwundes und einer Verschlechterung in Betracht. Vor allem aber lag die Möglichkeit nicht fern, daß Höchstpreise festgesetzt wurden, die einen Preissturz herbeiführen konnten. Beachtliche Gründe ließen also einen baldigen Weiterverkauf empfehlenswert erscheinen. Schließlich darf auch damit gerechnet werden, daß sich die Klägerin der nahe liegenden Erwägung nicht verschlossen haben würde, daß es einen großen Mangel von vaterländischer Gesinnung bedeute, zu einer übermäßigen Preissteigerung einer vielseitig gebrauchten und stark gesuchten Ware durch die absichtliche Zurückhaltung von Vorräten selbst mit beizutragen. Unter Würdigung dieser Verhältnisse erachtet das Ber.-Gericht als das wahrscheinlichste, daß die Klägerin die vier Barrels schon nach kürzerer Zeit weiterverkauft und höchstens eine Preissteigerung von 50 *M* auf den Doppelzentner abgewartet haben würde. Sie hätte dann binnen weniger Tage einen Gewinn von 30% erzielt, der das Maß eines in Friedenszeiten erzielbaren Gewinns bei weitem übersteigt und unter Berücksichtigung der Kriegsverhältnisse nahe an das Übermäßige heranreicht. Auf Grund dieser Erwägungen schätzt das Ber.-Gericht den der Klägerin durch die Nichtlieferung von 680 kg entgangenen Gewinn auf 340 *M*. Nur dieser Betrag steht ihr als Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu.

Die Klage war demzufolge auf die auch nur insoweit eingelegte Berufung des Beklagten in Höhe von 1883,20 *M* nebst den darauf entfallenden Zinsen abzuweisen. Wegen des nicht angefochtenen Teilbetrages von 340 *M* nebst anteiligen Zinsen war sie auf Grund nachträglicher Erfüllungsleistung des Beklagten für erledigt zu erklären. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 2. Nov. 1916. B. & H. (Kl.) w. Z. 1 O. 73/16.

---

96. Die Hingabe eines Wechsels geschieht im Zweifel nicht an Erfüllungstatt.

Vgl. 54 Nr. 9 m. N.; 57 Nr. 239; 69 Nr. 210.
BGB. § 364.

Geben und Nehmen eines Wechsels für eine Schuld ist nicht gleichbedeutend mit Zahlung. Hingabe an Erfüllungstatt ist nur anzunehmen, wenn der übereinstimmende Wille der Parteien dahin geht, daß durch die Hingabe der Schuldner von seiner ursprünglichen Schuld befreit werden soll. Selbst die Begebung des Wechsels und die spätere Vereinnahmung der Valuta ist, wenn nicht jene Willensübereinstimmung vorliegt, an sich noch keine endgültige Zahlung. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Schuldner sein eigenes Akzept gibt oder einen fremden (Kunden-) Wechsel. In der Regel wird die Willensmeinung dahin gehen, daß der Gläubiger seine Befriedigung durch den Wechsel zu suchen verpflichtet ist, die ursprüngliche Forderung aber bis zur Entscheidung darüber, ob der Gläubiger Befriedigung erhält, in ihrer Wirkung aufgehoben bleibt. Das gilt auch dann, wenn kaufmännischer Übung entsprechend der Wechsel, wie hier, als Einnahme gebucht wird. Auch in diesem Falle liegt, wenn nicht ein besonderes abweichendes Abkommen zwischen Gläubiger und Schuldner getroffen ist, nur Hingabe erfüllunghalber, nicht an Erfüllungstatt, vor (BGB. § 364 Abs. 2; Rehbein BGB. 2, 292).

Eine solche besondere Vereinbarung ist im vorliegenden Falle nicht, wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, darin zu finden, daß der Beklagte, wie er behauptet, die Klägerin um Annahme des auf Moskau lautenden Wechsels über 954,70 *M* gebeten und dabei erklärt hat, „er schulde jetzt nicht so viel, da könne ihm die Klägerin 200 *M* herausgeben, das andre solle sie von seiner Rechnung abrechnen", und daß die Klägerin daraufhin den Wechsel genommen und dem Beklagten gegen seine Quittung 200 *M* gegeben hat. Ebensowenig ist darin ein Diskontgeschäft mit der Wirkung zu erblicken, daß die alte Schuld in Höhe der Wechselsumme erloschen wäre. Vielmehr liegt lediglich eine Annahme des Wechsels erfüllunghalber vor, derzufolge die alte Schuld in Höhe des Wechsels erst durch dessen Zahlung erlöschen sollte.

Die Klägerin war danach zwar verpflichtet, aus dem Wechsel Befriedigung zu suchen und zwar mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (Ennec-

cerus B. R.[9-11] I², 180. 181; Warneyer Rspr. d. RG. 1913 Nr. 136). Da sie aber infolge des Kriegsausbruchs an der Einziehung des Wechsels und an dessen Protestierung gegenüber dem in Rußland domizilierten Beklagten verhindert ist und deshalb auch den Aussteller mangels Protestes nicht belangen kann, steht der Geltendmachung ihrer ursprünglichen, unbestritten mindestens 1000 M betragenden Forderung gegen den Beklagten nichts entgegen.

Das Landgericht hat demzufolge der auf Zahlung von 1000 M gerichteten Klage mit Recht stattgegeben. — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 8. Nov. 1916. K. w. R. 7 O. 7/15. —e—

---

97. Haftung des Postbeamten für Verschulden bei Einschreibsendungen.

Vgl. 68 Nr. 58.

BGB. §§ 839; Reichspostges. § 10.

Die Ehefrau des Klägers übergab dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Postschalterbeamten am 2. Okt. 1915 einen durch Eilboten zu bestellenden Einschreibebrief an den Kläger zur Beförderung. Der Beklagte erteilte ihr einen Posteinlieferungsschein, unterließ aber, den Brief mit einer Einschreibenummer zu bekleben, in das Annahmebuch einzutragen und weiter nachzuweisen, wie es seine Dienstpflicht gewesen wäre. Kläger behauptet, daß der Brief nicht angekommen sei und einen Betrag von 195 M enthalten habe. Die Postbehörde hat ihm nach angestellter Untersuchung den beim Verlust von Einschreibsendungen gesetzlich vorgeschriebenen Betrag von 42 M bezahlt. Kläger nahm dann den Beklagten wegen seines schuldhaften Verhaltens auf Zahlung des Restbetrages von 153 M in Anspruch. — Das Landgericht machte die Entscheidung von dem Eide des Klägers über den Empfang des Briefes abhängig. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Daß der fragliche Brief tatsächlich den Betrag von 195 M enthalten hat, ist auf Grund der Beweisaufnahme 1. Instanz mit dem Landgericht anzunehmen. Auch besteht hiernach ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Kläger den Brief nicht erhalten hat, so daß der Eidesauflage an den Kläger jedenfalls zuzustimmen ist. Die Verteidigung des Beklagten richtet sich denn auch in der Hauptsache weniger gegen diese Feststellungen des Landgerichts als gegen die Annahme eines Verschuldens auf seiner Seite und gegen die rechtliche Grundlage des angefochtenen Urteils.

Der Beklagte hat zunächst auch in dieser Instanz wiederholt, daß er dienstlich derartig überanstrengt gewesen sei, daß ihm das Versehen in der Behandlung des Briefes nicht als Verschulden angerechnet werden könne. Dem kann nicht beigetreten werden. Es mag sein, daß der Beklagte am Tage vor dem fraglichen Vorfall bis 10 Uhr abends Dienst gehabt hat und am folgen-

den Morgen schon vor dem Beginn seines Dienstes, 5[55], wieder auf der Amtsstelle erschienen ist. Auch mag der Andrang von Sachen gerade an jenen Anfangstagen des Monats besonders stark gewesen sein. Aber das rechtfertigt keineswegs die Tatsache, daß der Beklagte einen Brief, der ihm als Einschreibebrief übergeben worden ist, über den er einen richtigen Einlieferungszettel ausstellte und über dessen Inhalt er, wie er selbst angibt, sich mit der Absenderin längere Zeit unterhalten hat, nicht in der vorgeschriebenen Weise, sondern als einfachen Brief behandelte. Da es sich hierbei um die Handhabung eines einfachen, keine besondere Überlegung erfordernden Verfahrens handelte, mußte der Beklagte, auch wenn er damals noch so sehr beschäftigt war, dieses Verfahren richtig handhaben. Es ist auch beachtenswert, daß der Beklagte in der von seiner Behörde gegen ihn angestrengten Untersuchung allerdings angegeben hat, daß er damals außergewöhnlich viel zu tun gehabt habe, aber dies keineswegs als eine Entschuldigung seines Verhaltens hingestellt, vielmehr seine Ersatzpflicht bezüglich der dem Kläger von der Behörde erstatteten 42 *M* rundweg anerkannt hat, wie denn auch die Behörde eine Fahrlässigkeit des Beklagten bei der Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen angenommen hat.

Ebensowenig kann der Beklagte damit gehört werden, daß nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. seine Haftpflicht ausgeschlossen sei. Daß das Reich aus dem Beförderungsvertrage dem Kläger nur in Höhe von 42 *M* haftet, ergibt § 10 ReichspostGes. Diese Bestimmung ist nach § 6 Reichsges. v. 22. Mai 1910 über die Haftung des Reichs für seine Beamten durch dieses Gesetz nicht berührt worden. Wenn nun auch der Beklagte als Erfüllungsgehülfe des Fiskus den Abschluß des Beförderungsvertrages zwischen der Ehefrau des Klägers und dem Fiskus vermittelt hat, so ist er selbst doch nicht in ein vertragliches Verhältnis zu der Frau getreten. Vielmehr kann diese und der Kläger gegen den Beklagten einen Schadenersatzanspruch nur auf Grund eines außervertraglichen Verschuldens nach § 839 BGB. stützen. Der Beklagte haftet dem Kläger und seiner Frau wegen Verletzung seiner Amtspflicht (vgl. Dambach PostG. § 12 Nr. 6; JW. 1911, 46). Daß die Vorschriften der Postordnung über die Behandlung von Einschreibsendungen, die der Beklagte nach seinem eigenen Zugeständnis verletzt hat, im Interesse der Sicherheit des Postverkehrs erlassen worden sind und dem Beklagten dem Publikum gegenüber oblagen, bedarf keiner weiteren Ausführung und ist auch vom Beklagten nicht in Abrede genommen worden. Der Beklagte glaubt indessen, daß eine Haftung wegen seiner Fahrlässigkeit durch § 839 Abs. 1 Satz 2 ausgeschlossen sei. Dieser Satz bestimmt, daß der Beamte nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Geschädigte auf andre Weise nicht Ersatz erlangen kann. Im vorliegenden Fall kann der Kläger von dem Fiskus einen Ersatz des hier eingeklagten Betrages von 153 *M* nicht erlangen, da die Haftung des Postfiskus auf den Betrag von 42 *M* beschränkt

ist. Weshalb aber der Geschädigte, wenn er von einem Anderen nur einen Teil seines Schadens ersetzt verlangen kann, deshalb sich wegen des Restes nicht an den Beamten soll halten können, ist unerfindlich und vom Beklagten in keiner Weise näher begründet worden.

Endlich hat der Beklagte sich wieder auf ein angebliches Verschulden der Frau des Klägers berufen, da sie den Brief nicht mit Wertangabe, sondern als Einschreibebrief aufgegeben habe. Es mag sein, daß dieses Verschulden an sich ursächlich für den Verlust des Briefes sein könnte, insofern, wie Kläger behauptet, für die Behandlung von Wertsendungen besondere Vorschriften bestehen und er diese jedenfalls beobachtet haben würde, wenn die Frau den Brief als Wertbrief aufgeliefert hätte. Aber ein Verschulden der Frau liegt überhaupt nicht vor. Zunächst irrt der Beklagte, wenn er annimmt, daß sie sich überhaupt eines direkten Verstoßes gegen die Postordnung schuldig gemacht habe, indem sie es unterlassen habe, den Brief mit Wertangabe aufzuliefern. Denn nirgends untersagt die Postordnung, Wertsachen ohne Wertangabe oder als Einschreibsendungen aufzugeben. Die Aufgabe mit Wertangabe hat lediglich Bedeutung für die Haftung der Post als solcher. An sich steht es jedem Absender frei, Wertsachen mit Wertangabe oder als ‚eingeschrieben' zu versenden. Fraglich kann nur sein, ob es vom Standpunkte des Absenders fahrlässig ist, einen Geldbetrag in einem Briefe zu versenden, ohne sich die durch die Wertangabe gebotene Sicherheit der Versendung zu verschaffen. Diese Frage ist im vorliegenden Falle zu verneinen. Ob das gleiche bei der Versendung eines besonders hohen Betrages der Fall ist, mag dahinstehen. Aber die durch das Einschreiben gewährte Sicherheit ist schon eine solche, daß die Versendung eines Betrages von 195 ℳ auf diesem Wege an sich keine Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt enthält. Es kommt hinzu, daß im vorliegenden Falle die Frau sicher darauf rechnen durfte, daß der Beklagte, der von dem Inhalt des Briefes Kenntnis hatte, den Brief vorschriftmäßig behandeln werde und daß sie bestimmte Gründe hatte, ihn nicht unter Wertangabe zu versenden. Insbesondere wünschte sie nicht, daß in dem Hotel, in dem der Kläger den Brief erhalten sollte, bekannt werde, wieviel Geld sie ihrem Manne sende. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 21. Dez. 1916. R. w. St. Bf. VI. 227/16. Nö.

---

98. Ungewißheit über die Annahme der Erbschaft.

Vgl. 57 Nr. 175; 58 Nr. 37.
BGB. §§ 1960. 1961.

Das Amtsgericht und mit ihm das Landgericht haben den auf Grund des § 1961 BGB. gestellten Antrag auf Bestellung eines Nachlaßpflegers abgelehnt, weil die Erben des Schuldners bekannt seien. Es kommen in Be-

tracht die Eltern des ledig verstorbenen Schuldners als gesetzliche Erben. Diese haben die Erbschaft ausweislich der Erklärung des Vaters v. 6. Nov. 1916 ausdrücklich weder angenommen noch ausgeschlagen. Eine stillschweigende Annahme infolge Ablaufs der Ausschlagungsfrist ist aber nur dann gegeben, wenn der Erbe sichere Kenntnis von dem Anfall und dem Grunde der Berufung hatte. Diese fehlt und die Ausschlagungsfrist kann nicht beginnen in Fällen, in denen der Erbe nicht weiß, ob eine letztwillige Verfügung vorhanden ist. Im vorliegenden Fall kann der im Osten gefallene Erblasser ein Testament errichtet haben, von dem die Eltern keine Kenntnis erlangt haben. Nähere Feststellungen hiezu sind in den Vorinstanzen nicht gemacht. Es besteht deshalb eine Ungewißheit über die Annahme der Erbschaft i. S. des § 1960 Abs. 1 Satz 2 BGB. und die Vorinstanzen haben das Gesetz verletzt (§§ 1944. 1960 Abs. 1; 1961 BGB.), indem sie trotzdem die Annahme der Erbschaft ausgesprochen und die Bestellung eines Nachlaßpflegers abgelehnt haben.

Die Antragstellerin bedarf zum Nachweis der Rechtsnachfolge, die dem für die Erteilung der Vollstr.-Klausel zuständigen Beamten kaum offenkundig sein dürfte, einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde. Diese könnte sie auf dem Wege erhalten, daß sie die Ausstellung eines Erbscheins beantragte, wie ihr von dem Amtsgericht nahegelegt worden war. Aber wenn sie auch so zur Feststellung des Erbrechts gelangen kann, so ist doch die Ungewißheit über die Annahme der Erbschaft bis jetzt keineswegs gehoben und der Antragstellerin deshalb der Weg des § 1961 BGB. nicht verschlossen.

Beschluß des OLG. zu Colmar (1. Sen.) v. 20. Dez. 1916. — 1 X. 46/16.

L—ch.

---

99. Das Erbschaftssteueramt hat kein Recht zur Beschwerde über den Inhalt eines Erbscheins.

BGB. §§ 2353. 2365; ErbschStG. § 57; ZPO. § 792; FGG. § 20.

Das Nachlaßgericht hatte nach dem kinderlosen Ableben der Frau S., die mit ihrem Mann in westfälischer Gütergemeinschaft gelebt und keine letztwillige Verfügung hinterlassen hatte, diesem einen Erbschein erteilt, daß er zur einen Hälfte und gewisse Seitenverwandte zur andern Hälfte gesetzliche Erben seien. Später ordnete das Nachlaßgericht auf eine Anregung der Oberzolldirektion die Einziehung des Erbscheins an, weil der Ehemann nur Erbe zu $^1/_3$ geworden sei und den Nießbrauch an den übrigen $^2/_3$ der Seitenverwandten habe. Auf Beschwerde des Test.-Vollstreckers des inzwischen verstorbenen Ehemannes gab jedoch das Landgericht dem Nachlaßgericht auf, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen. Hiegegen erhob die Oberzolldirektion Beschwerde; sie beantragte, das Nachlaßgericht zu der erwähnten Änderung des Erbscheins anzuweisen. Das Kammergericht hielt die Oberzolldirektion für

nicht berechtigt zu solchem Antrage und legte diese Frage dem Reichsgericht zur Entscheidung vor (§ 28 FGG.), weil sie vom OLG. Jena anders beurteilt worden war. — Das Reichsgericht trat dem Kammergericht bei. Aus den Gründen:

„— — — Ein Beschwerderecht der Oberzolldirektion ist mit dem Kammergericht zu verneinen. Der Anspruch des Fiskus auf die Erbschaftssteuer entsteht mit dem Anfall eines steuerpflichtigen Erwerbes von Todes wegen und bestimmt sich in seiner Höhe nach dem Betrage, um welchen der Erwerber durch den Anfall bereichert worden ist (§§ 1 ff. 16 ErbschStG.). Der einmal entstandene Anspruch des Fiskus kann grundsätzlich durch den Eintritt späterer Ereignisse weder ganz noch teilweise aufgehoben werden, insbesondere sind private Abmachungen zwischen den einzelnen Nachlaßbeteiligten über die Art ihrer Auseinandersetzung oder gegenseitigen Abfindung auf ihre Steuerpflicht ohne Einfluß. Nur wenn zur Beseitigung eines über den Anfall oder seine Höhe bestehenden Streits zwischen den Beteiligten ein Urteil ergeht oder ein Vergleich geschlossen wird, ist diese, für die Beteiligten bindende endgültige Ordnung der erbrechtlichen Verhältnisse auch dem Fiskus gegenüber in Ansehung der Erbschaftssteuerpflicht maßgebend und der Fiskus nicht berechtigt, sich aus dem Grunde darüber hinwegzusetzen, weil sie auf einer unrichtigen Rechtsauffassung beruhe (RGEntsch. Bd. 48, 301; 69, 321). Der Erbschein steht aber hinsichtlich seiner Wirkung einem rechtskräftigen Urteil oder einem zwischen streitenden Erbprätendenten geschlossenen Vergleich über ihre Beteiligung am Nachlaß nicht gleich; er schafft im Interesse der Verwaltung des Nachlasses und zum Schutze daran beteiligter redlicher Dritter lediglich eine vorläufige Ordnung des Erbrechts, dessen endgültige Ordnung der Parteivereinbarung oder der Entscheidung des Prozeßrichters vorbehalten bleibt. Der Inhalt des Erbscheins ist deshalb für die Erbschaftssteueransprüche des Fiskus nicht ohne weiteres maßgebend und nicht geeignet, dessen nach der wahren Rechtslage begründeten Ansprüche zu beseitigen.

Das OLG. in Jena hat die Rechtsbeeinträchtigung des Fiskus auch nur darin gefunden, daß durch den unrichtigen Erbschein im Hinblick auf die durch § 2365 BGB. für die Richtigkeit des Inhalts des Erbscheins begründete Vermutung die Rechtslage des Fiskus für die Geltendmachung seines Erbschaftssteueranspruchs erschwert werden könne. Das ist indessen nicht der Fall. Die Steuerbehörde wird durch das Bestehen eines Erbscheins nicht gehindert, ihrem Bescheid über die zu entrichtende Erbschaftssteuer eine von dem Inhalt des Erbscheins abweichende Rechtsauffassung zugrunde zu legen. Durch die Erteilung des Erbschaftssteuerbescheids wird aber die Verpflichtung zur einstweiligen Entrichtung der darin angegebenen Steuerbeträge innerhalb der bestimmten Frist begründet, nach deren Ablauf die Beitreibung im Wege des Verwaltungs-Zwangsverfahrens erfolgt. Das Vorhandensein eines inhaltlich unrichtigen Erbscheins hindert also weder die Festsetzung noch die

Einziehung der dem Fiskus nach der wahren Rechtslage zustehenden Erbschaftssteuer. In dem gegen den Fiskus gemäß § 57 ErbschStG. angestrengten Rechtsstreit auf gänzliche oder teilweise Erstattung eines eingegangenen Erbschaftssteuerbetrags hat nach feststehender Rechtsprechung der Fiskus, obgleich er sich in der Rolle des Beklagten befindet, die Beweislast dafür, daß die von ihm geltend gemachte Steuerforderung berechtigt ist. Diese Beweislast wird ihm also nicht erst durch das Vorliegen eines Erbscheins aufgebürdet, dessen Inhalt mit der dem Steuerbescheide zugrunde gelegten Beurteilung der Rechtslage im Widerspruch steht, und sie wird auch durch einen derartigen Erbschein nicht erschwert. Denn wenn der Fiskus den ihm ohnehin obliegenden Beweis für die Richtigkeit der von ihm behaupteten Erbfolge erbringt, so ist damit zugleich die Unrichtigkeit des Erbscheins nachgewiesen und die Vermutung aus § 2365 BGB. widerlegt. Bei der Prüfung der vom Fiskus vertretenen Rechtsauffassung und bei der Würdigung der dafür vorgebrachten Tatsachen ist der Prozeßrichter durch den Inhalt des Erbscheins und die ihm zugrunde liegende Beurteilung der Tat- und Rechtslage durch den Nachlaßrichter nicht beschränkt. Aus den Vorschriften der §§ 2365 BGB., 57 ErbschStG. läßt sich hiernach eine Beeinträchtigung eines Rechts des Fiskus durch den unrichtigen Inhalt des einem Dritten erteilten Erbscheins nicht herleiten.

Dem Kammergericht ist aber ferner auch darin beizutreten, daß die Voraussetzungen des § 792 ZPO. jedenfalls im gegenwärtigen Falle nicht gegeben sind. — — — Daß die Oberzolldirektion eines Erbscheins des von ihr angegebenen Inhalts zum Zweck der Zw.-Vollstreckung aus einem bereits erteilten Erbschaftssteuerbescheide bedürfte, ist nicht ersichtlich. Nur beim Vorliegen dieser Voraussetzungen könnte aber überhaupt eine Heranziehung des § 792 ZPO. zur Begründung des Beschwerderechts der Oberzolldirektion in Frage kommen. Die Oberzolldirektion bezweckt mit der weiteren Beschwerde offensichtlich nur, den Inhalt des erteilten Erbscheins mit der Rechtsauffassung in Einklang bringen zu lassen, die sie selbst dem Erbschaftssteuerbescheide zugrunde gelegt hat oder zugrunde legen will, um den hierüber bestehenden Streit im Wege des Erbscheinerteilungs-Verfahrens zum Austrag zu bringen. Ein rechtliches Interesse an der Erlangung eines dementsprechenden Erbscheins würde sich für den Fiskus vielleicht damit begründen lassen, daß er dadurch im Rechtsstreit über die Berechtigung des Steueransatzes der ihm obliegenden Beweislast für das Erbrecht und die Größe des Erbteils des Inanspruchgenommenen überhoben und dem Kläger der Beweis für die Unrichtigkeit des Erbscheins aufgebürdet würde. Ob diese Folgerung aus § 2365 BGB. für den Erbschaftssteuerprozeß zu ziehen wäre (vgl. Warneyer Jahrb. der Entsch. 1913 Nr. 300), kann auf sich beruhen. Denn ein in dieser Beziehung etwa anzuerkennendes Interesse des Fiskus an der Erlangung eines Erbscheins würde nicht ausreichen, ein Antragsrecht des Fiskus auf Erteilung des Erbscheins zu bejahen (Motive zum BGB. 5, 558). Nach § 2353

BGB. steht das Recht, auf Erteilung des Erbscheins anzutragen, dem Erben zu. Diese Vorschrift ist in der Rechtsprechung allerdings dahin ausgelegt worden, daß dadurch nicht nur der Erbe habe für antragsberechtigt erklärt werden sollen; das Antragsrecht ist aber andern Personen nur insoweit zugestanden worden, als ihnen dieses Recht vom Gesetz ausdrücklich beigelegt worden ist (§§ 792. 896 ZPO.) oder sie zur Erfüllung ihnen gesetzlich obliegender Verpflichtungen eines Erbscheins bedürfen (KGJ. 22A, 56; 40A, 37). Ein derartiges Bedürfnis kann für die Erbschaftssteuerbehörde nicht anerkannt werden. Der Erbschaftssteuer unterliegt nach Maßgabe des Erbschaftssteuergesetzes jeder Erwerb von Todes wegen, gleichviel ob er sich im Wege der Erbfolge oder auf andre Weise vollzieht (§§ 1 bis 4). Pflicht der Erbschaftssteuerbehörde ist es daher, festzustellen, inwieweit infolge des Todes einer Person der Steuerpflicht unterliegende Fälle eines Erwerbes von Todes wegen eingetreten sind. Nach dieser Richtung gibt der Erbschein aber nur in sehr beschränktem Maße Auskunft, da er lediglich ein vorläufiges Zeugnis darüber ist, welche Personen Erben geworden, wie groß die einzelnen Erbteile sind und welche Verfügungsbeschränkungen für die Erben bestehen, dagegen keine Angaben über Vermächtnisse, Pflichtteilsrechte oder sonstige der Erbschaftssteuer unterliegende Vermögenserwerbungen enthält. Der Erbschein vermag daher die Steuerbehörde der ihr obliegenden Ermittelungspflicht nicht zu überheben, er ist für die Feststellung der steuerpflichtigen Erwerbsfälle weder ausreichend noch erforderlich, für diese Feststellung werden vielmehr der Steuerbehörde durch die ihr gemäß §§ 39ff. ErbschStG. zu erteilenden Auskünfte und Mitteilungen die erforderlichen Unterlagen gewährt, auf Grund deren sie die Sach- und Rechtslage selbständig zu beurteilen hat. Steht aber der Steuerbehörde, abgesehen etwa von den gegenwärtig nicht in Betracht kommenden Fällen der §§ 792. 896 ZPO., kein Recht auf die Erteilung des Erbscheins zu, so läßt sich auch unter diesem Gesichtspunkt kein Recht für sie begründen, die Einziehung eines unrichtigen Erbscheins zu betreiben.

Die weitere Beschwerde ist hiernach mangels einer Beschwerdeberechtigung der Oberzolldirektion zurückzuweisen."

Beschluß des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 29. Juni 1916. RJA. 15, 14.

---

100. Eine Erbengemeinschaft kann nicht als Gesellschafterin ins Handelsregister eingetragen werden.

Vgl. 30 Nr. 206.

HGB. §§ 105. 139; BGB. § 2038; FGG. § 125.

Die Erben eines offenen Handelsgesellschafters beantragten, die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin ins Handelsregister einzutragen. Der Antrag wurde abgelehnt, Beschwerde und weitere Beschwerde blieben erfolglos. — Aus den Gründen:



„— — — Eine Erbengemeinschaft als solche kann nicht als Teilhaberin in eine off. Handelsgesellschaft eintreten, vielmehr müssen die einzelnen Miterben Gesellschafter werden. Ein andres läßt die Ausgestaltung der off. Handelsgesellschaft nicht zu. Denn darnach können nur einzelne, natürliche oder juristische, Personen, nicht aber Gemeinschaften, auch nicht solche zur gesamten Hand, Gesellschafter sein. Sowenig wie es zulässig ist, daß eine off. Handelsgesellschaft als solche sich als Gesellschafterin an einer anderen off. Handelsgesellschaft beteiligt (vgl. Staub HGB.⁹ Anm. 25 zu § 105), sowenig ist das auch hinsichtlich einer Erbengemeinschaft angängig. Die gegenteilige Meinung wird allein von Markus in Holdheims MSchr. 19, 88 unter Bezugnahme darauf vertreten, daß die Möglichkeit bestehen müsse, beim Tode eines Gesellschafters das Zerfallen seines Gesellschaftsanteils in Teile zu verhüten. Ob ein Bedürfnis hierfür besteht und ob ihm auf dem von Markus bezeichneten Wege abgeholfen werden würde, darf dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls ergeben die zwingenden Vorschriften des § 139 HGB., daß an die Stelle des verstorbenen Mitglieds einer off. Handelsgesellschaft als Gesellschafter auch bei noch bestehender Erbengemeinschaft nur die einzelnen Erben eintreten können; der Eintritt der Erbengemeinschaft als solcher ist darnach ausgeschlossen, eben weil infolge der Ordnung, die das Gesetz für die off. Handelsgesellschaft getroffen hat, Gesellschafter nur Einzelpersonen sein können (vgl. Staub Anm. 14 zu § 139). Wenn sich die Beschwerdeführer auf die Ausführungen und Angaben bei Staub Anm. 40 zu § 105 berufen zu können glauben, so wird übersehen, daß dort lediglich die Frage behandelt wird, ob beim Tode eines Einzelkaufmanns dessen Erben beim Fortbestehen der Erbengemeinschaft als Inhaber der Firma im Handelsregister eingetragen werden können, ohne daß zwischen ihnen eine Handelsgesellschaft begründet wird. Diese Frage ist hier nicht zu entscheiden."

Beschluß des OLG. zu Dresden v. 23. Okt. 1915. RJA. 15, 43.

---

101. Kriegsversicherung der Warensendung eines deutschen Hauses in Amerika; falsche Deklaration als amerikanisches oder neutrales Eigentum.

HGB. § 806.

Die klagende Firma G. & L. in Hamburg hatte im Oktober 1914 bei den verklagten Vers.-Gesellschaften 99 Ballen Büffelhäute gegen Kriegsgefahr mit 30000 *M* versichert. Die Ware wurde von der Firma G. L. & Co. in San Salvador nach Neuyork und von dort weiter nach Kopenhagen verladen. Sie wurde von den Engländern weggenommen, soll auch kondemniert sein; jedenfalls hat die Klägerin sie abandonniert. Sie verlangte die Versicherungssumme. Die Beklagten verweigerten die Zahlung, weil die Ware in der Police als „amerikanisches Eigentum" deklariert worden, tat-

sächlich aber deutsches Eigentum gewesen sei, denn die Inhaber von G. L. & Co. in San Salvador seien Deutsche. — Die Klage wurde ab- und die Berufung zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Die Klägerin hält die Deklaration für richtig, weil die Firma G. L. & Co. eine selbständige offene Handelsgesellschaft sei, die in Amerika ihren Sitz habe. Rechtlich betrachtet, gibt es kein Eigentum einer Gesellschaft, sondern nur Eigentum von Gesellschaftern. Im wirtschaftlichen Sinne spricht man allerdings von dem Eigentum einer Gesellschaft, aber auch, wenn man diese wirtschaftliche oder kaufmännische Auffassung zugrunde legen will, war die Deklaration unzutreffend: Wirtschaftlich sind die hiesige Firma und die Firma in San Salvador eng miteinander verbunden. Von vier Inhabern sind zwei hier, zwei drüben und betreiben ihr Geschäft durch ein Haus in San Salvador und ein Haus hier. Rechtlich und rechnerisch mögen die beiden Firmen getrennt sein, wirtschaftlich bilden sie im wesentlichen eine Einheit. Hier handelt es sich nur um eine Versicherung gegen Kriegsgefahr, also in erster Linie gegen die Gefahr der Kondemnierung der Ware. Ein Prisengericht würde aber als maßgebend ansehen nicht die rein juristische Seite, sondern die wirtschaftlichen Verhältnisse, wenn es beurteilen will, ob eine Ware feindliches oder neutrales Gut ist. Klägerin meint, die Bezeichnung der Ware als ‚amerikanisch‘ sei für den Versicherer unerheblich gewesen, es hätte auch genügt, wenn die Ware als ‚neutral‘ bezeichnet worden wäre. Es kommt zunächst nicht darauf an, wie die Klägerin die Ware hätte deklarieren können, sondern wie sie sie deklariert hat. Im übrigen war es auch ein erheblicher Unterschied, ob man die Ware als ‚amerikanisch‘ oder als ‚neutral‘ bezeichnete. Im ersten Fall kann an der Neutralität kein Zweifel sein. Die Bezeichnung ‚neutral‘ ist dagegen ein Begriff, über dessen Auslegung Zweifel entstehen konnten, sie bot den Versicherern nicht die Sicherheit wie die Tatsache, daß das Gut amerikanisch war. Im übrigen hätte die Ware auch nicht als ‚neutral‘ deklariert werden dürfen. Gerade die Ausführungen, die die Klägerin über die englische Auffassung im Jahre 1914 gemacht hat, zeigen die Bedenklichkeit solcher Deklaration. Nach dieser Auffassung sollen die Waren im Auslande domizilierter Deutscher oder Firmen als neutral angesehen worden sein. Hier sind aber von den Inhabern der Firma zwei in Deutschland domiziliert und besteht ein deutsches und ein überseeisches Haus. Dann kann man aber nicht wohl sagen, daß die Firma nur in Amerika domiziliert sei, und die Ware als neutral ansehen. Ganz ausgeschlossen war es aber jedenfalls, lediglich aus dem formalen Gesichtspunkte, daß die Firma in San Salvador eine ‚selbständige offene Handelsgesellschaft‘ war, die Ware als ‚amerikanisches Eigentum‘ zu bezeichnen. Die Klägerin hat auch selbst Zweifel gehabt, ob man die Ware als neutral ansehen könne; sie hat sich mit ihrem Makler darüber beraten; wenn sie zu dem Schlusse kam, daß es zulässig sei, die Ware als neutral zu bezeichnen, so konnte sie sich doch

nicht verhehlen, daß diese Annahme keineswegs zweifellos war, und, wenn das der Fall war, so hätte sie durch ihren Makler den Versicherern Aufklärung über die tatsächlichen Verhältnisse geben müssen. Wenn sie statt dessen einfach die Ware, sei es als amerikanisch, sei es auch nur als neutral, deklarierte, so muß sie die Folgen tragen, falls sich diese Deklaration als falsch erweist. — — — Daß die falsche Deklaration erheblich i. S. der §§ 29. 32 Allg. SeeVersBed. war, bedarf keiner Ausführung. Die Versicherer wollten die Ware nur versichern, wenn sie neutral war. Durch die Erklärung, daß sie ‚amerikanisches Eigentum' war, wurde jeder Zweifel an der Neutralität behoben. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 10. Okt. 1916. G. & L. (Kl.) w. Skand. u. Gen. Bf. III. 155/16. B.

II. Verfahren.

102. Verhältnis der Staatskasse zu den Parteien hinsichtlich der Gerichtskosten im Falle des § 94[1] GKG.

Vgl. 37 Nr. 249; 66 Nr. 244.

GKG. § 94.

Die Erinnerung des Beklagten richtet sich dagegen, daß auf ihn Kosten der Ber.-Instanz angesetzt und von ihm eingefordert worden sind, nachdem ein die Kostenpflicht endgültig zumgunsten des armen Klägers regelndes Urteil erlassen worden ist. Die Erinnerung ist aber unbegründet. Denn der Kostenansatz beruht auf der Vorschrift in § 94[1] GKG., deren klarer Sinn ergibt, daß im Zivilprozesse mit dem Ablauf eines Jahres nach der Bestimmung des ersten Termins in der Instanz und jedes weiteren Jahres für diejenige Partei, die die Instanz in Bewegung gesetzt hat, die Verpflichtung entsteht, alle bis dahin erwachsenen Streitkosten zu bezahlen, dafern nicht vorher eine Entscheidung über die Kosten ergeht. Der Anspruch der Staatskasse gegen sie wird in solchem Folle derart begründet, daß er sich als ein wohlerworbenes Recht darstellt, welches ihr nicht wieder entzogen werden kann, auch nicht durch ein die einmal nach § 94 zahlungspflichtig gewordene Partei mit Kosten verschonendes Urteil; ein solches verschafft vielmehr der Staatskasse einen zweiten Schuldner neben dieser Partei, der es überlassen bleiben muß, die von ihr eingezogenen Kosten auf Grund des Urteils sich von der Gegenpartei erstatten zu lassen. Ganz gleichgültig ist hierbei, ob der Ansatz der Kosten nach § 94 und deren Abforderung unmittelbar nach

Ablauf der Jahresfrist oder später, und namentlich, ob sie erfolgt sind, bevor oder nachdem das die andre Partei belastende Urteil ergangen ist;

vgl. Rittmann GKG. Anm. 3 bei § 94; Pfafferoth Anm. 1 bei § 94; ferner die Entscheidung des Reichsgerichts im RGEntsch. 36, 411 ff. und die dort angezogenen früheren Entscheidungen desselben Gerichts.

Beschluß des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 5. Febr. 1917. 5 C. Reg. 18/17. Ch.

---

103. Nicht unter § 24 ZPO. fallen Klagen auf Gewährung und Übertragung des Eigentums.

Vgl. 44 Nr. 214.

ZPO. 24.

Klagen, durch die das Eigentum i. S. des § 24 ZPO. geltend gemacht wird, sind solche, die ein bereits bestehendes Eigentum behaupten und demnach die Herausgabe der Sache oder Feststellung des dem Kläger zustehenden Eigentums, Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der auf einen andern — Nichteigentümer — lautenden Eintragung u. dgl. verfolgen. Dagegen gehören nicht hierher solche Klagen, die auf Grund persönlichen Schuldverhältnisses auf Gewährung und Übertragung des Eigentums, auf Auflassung u. dgl. gerichtet sind;

Gaupp-Stein Bem. III, 1 zu § 24 ZPO.; die Bemerkungen in den Handausgaben von Neumiller, Sydow-Busch und Warneyer zu § 24 ZPO. und JW. 1891, 509.

Nach dem eigenen Vorbringen der Gesuchstellerin und den unbestrittenen Tatsachen — Ernst F. hat auf Grund einer Spezialvollmacht seitens der Gesuchstellerin und Generalvollmacht seitens der in Leipzig wohnhaften Martha F. das Anwesen für diese beiden eingesteigert, der Zuschlag wurde beiden erteilt und sie als Eigentümer zu gleichen Anteilen im Grundbuch eingetragen — handelt es sich hier nicht etwa und kann es sich nicht darum handeln, daß die Gesuchstellerin hinsichtlich des strittigen grundbuchmäßigen Anwesensanteils der Martha F. als Klagegrund ein bereits ihrerseits bestehendes Eigentum geltend machen will, sondern es ist ein auf Grund persönlichen Schuldverhältnisses — aus der „auftragwidrigen Handlungsweise" des Ernst F., wie im Gesuch gesagt ist — zu erhebender Anspruch darauf in Frage, daß Martha F. ihren Anwesensanteil auf die Gesuchstellerin zu übertragen („in die Umschreibung zu willigen") habe, so daß letztere nun Alleineigentümerin des Anwesens werde.

Gegenüber einer solchen Klage hat sohin das Landgericht mit Recht verneint, daß der § 24 ZPO. zutreffe, und das Armenrecht für den gegen Martha F. beim Landgericht M. anhängig zu machenden Rechtsstreit verweigert, weshalb die Beschwerde der Gesuchstellerin zurückzuweisen war.

Beschluß des OLG. München (3. Sen.) v. 20. Januar 1917. Franziska W. w. Martha F. u. Gen. Beschw.-Reg. 24/17. F—z.

---

104. Voraussetzung der Armenrechtsbewilligung ist Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts.

ZPO. § 114.

Die Beschwerde ist gemäß § 127 ZPO. zulässig, ist aber unbegründet. Die Beklagte, deren Ehemann zurzeit nicht in der Lage zu sein scheint, seiner Unterhaltspflicht auch nur zum Teil zu genügen, bezieht von ihrer wohlhabenden Mutter für sich und ihr Kind vierteljährlich 900 ℳ Unterhalt. Das mag nicht mehr sein, als was ihr, in Hinblick auf die wirtschaftliche und gesellschaftliche Lebenslage ihrer Mutter, als standesmäßiger Unterhalt i. S. des § 1610 BGB. zukommt; ja es mag vielleicht gar, wie die Beklagte behauptet, dieses Maß nicht einmal erreichen. Aber § 114 ZPO. macht die Bewilligung des Armenrechts nicht von der Beeinträchtigung des standesmäßigen, sondern des für den Antragsteller und seine Familie notwendigen Unterhalts abhängig; und es ist nicht einzusehen, weshalb die Beklagte von einem Jahreseinkommen von 3600 ℳ neben ihrem und ihres Kindes notwendigen Unterhalt nicht auch die Kosten des gegenwärtigen Prozesses sollte bestreiten können. Das Gesetz will nicht, daß jemand die Kosten eines Prozesses schon deshalb von sich abwälzen kann, weil diese ihm nicht erlauben würden, weiter standesgemäß zu leben; es mutet der in solcher Lage befindlichen Prozeßpartei vielmehr zu — und zwar aus Billigkeitsgründen, die auf der Hand liegen —, daß sie sich mit Rücksicht auf die Kosten des Rechtsstreits erforderlichenfalls in ihrer allgemeinen Lebensführung auf das Maß des schlechthin Notwendigen einschränkt. Es ist freilich anzuerkennen, daß auch dieses Maß eine gewisse Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles zuläßt; doch wird mit der hier getroffenen Entscheidung diese Rücksicht keineswegs verletzt.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 29. Jan. 1917. B. w. T. Bs. Z. II. 9/17. B.

---

105. Unterbrechung durch den Tod des Beklagten; keine Klagabweisung, wann die geladenen Rechtsnachfolger nicht aufnahmepflichtig sind.

Vgl. 50 Nr. 284.
ZPO. § 239.

Der Kläger hatte gegen seinen Sohn E. W. Klage auf Zahlung von 810,42 ℳ nebst Prozeßzinsen, die letzterer ihm aus einem Kaufvertrag über ein Schlossergeschäft nebst Inventar schulde, erhoben. E. W. ist im Lauf des Rechtsstreits am 24. Oktober 1914 vor Ypern gefallen. Zu seinen gesetzlichen Erben gehörten die jetzt vom Kläger auf Zahlung der Klagesumme in Anspruch genommenen Luise und Käthe W., die vom Kläger geladen wurden, in dem auf diese Ladung anberaumten Termin jedoch erklären ließen, daß sie die Erbschaft ausgeschlagen hätten. Nach Vortrag des Inhalts der Akte über den Nachlaß des E. W. und streitiger Verhandlung zur Sache wies das

Landgericht die Klage ab. — Diese Entscheidung wurde aufgehoben und die Sache ans Landgericht zurückverwiesen. Aus den Gründen:

„— — — Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil es durch den Inhalt der Nachlaßakte als erwiesen angesehen hat, daß die vom Kläger als Rechtsnachfolgerinnen des E. W. in Anspruch genommenen Luise und Käthe W. nicht dessen Rechtsnachfolgerinnen geworden seien. Durch dieses Urteil ist der Kläger und Ber.-Kläger beschwert.

Bestreiten, wie es hier geschehen ist, die Geladenen die Rechtsnachfolge und mithin die Aufnahmepflicht, so ist über diese Frage zu verhandeln. Die Verhandlung erstreckt sich auch auf die Hauptsache, wenn wie hier eine Beschränkung der Verhandlung auf die Frage der Aufnahmepflicht nicht stattgefunden hat. Kommt alsdann aber das Gericht zu der Überzeugung, daß die Geladenen nicht Rechtsnachfolger sind, so ist dies durch — mit Berufung und Revision anfechtbares — Endurteil in der Weise auszusprechen, daß das Begehren des Klägers, daß die Geladenen den Rechtsstreit aufnehmen, als unbegründet zurückgewiesen wird unter Verurteilung des die Aufnahme Begehrenden in die Kosten des Aufnahmeverfahrens. Das Gericht darf aber nicht die Klage abweisen. Das Verfahren bleibt unterbrochen. Dem Kläger bleibt es unbenommen in dem zwar unterbrochenen, aber rechtshängig gebliebenen Verfahren andre Personen als Rechtsnachfolger des Verstorbenen zur Aufnahme und zur Verhandlung über die Hauptsache zu laden. Er kann sachlich noch immer obsiegen.

Das Urteilsverfahren 1. Instanz leidet deshalb an einem wesentlichen Mangel, der die Zurückverweisung der Sache in die Instanz nach § 539 ZPO. zulässig erscheinen läßt. Diese Zurückverweisung erschien vorliegendenfalls geboten, weil, wenn dieses Gericht, ginge es materiell auf die Sache ein, zu der Ansicht gelangen würde, daß die Geladenen die Erbschaft nicht mehr ausschlagen konnten, weil sie sie vorher durch Auftreten als Erben bereits angenommen hätten, den Parteien über die Hauptsache, nämlich die Frage, ob der verstorbene Erblasser dem Kläger noch etwas schuldete oder nicht, eine Instanz verloren ginge. — — —"

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (4. Sen.) v. 5. Januar 1917. Th. W. (Kl.) w. E. W. — Bf. IV. 167/16. Nö.

---

106. Keine Vorabentscheidung über den Grund eines Feststellungsanspruchs.

Vgl. 61 Nr. 261.
ZPO. §§ 256. 304.

Der Kläger hatte unter dem Anführen, er sei am 11. Febr. 1914 abends auf der von L. nach B. führenden Landstraße durch einen vom Beklagten K. geleiteten Kraftwagen, dessen Halter der Beklagte R. gewesen sei, von hinten

angefahren und zu Boden geschleudert worden, habe dabei schwere körperliche Verletzungen und auch Sachschaden erlitten, sei infolgedessen bis zum 20. Juni 1914 völlig erwerbsunfähig gewesen, habe auch späterhin noch Schaden an seiner Gesundheit gehabt und solchen auch weiter zu erwarten, gegen beide Beklagte geklagt mit dem Antrage, sie als Gesamtschuldner zur Zahlung von 344,25 ℳ Lohnausfall und Sachschaden nebst Zinsen sowie zum Ersatz allen Schadens zu verurteilen, der ihm sonst noch aus dem Unfall zustehe und künftig noch zustehen werde. — Das Landgericht entschied durch Zwischenurteil, daß „der Klaganspruch dem Grunde nach gerechtfertigt" sei. Mit der Berufung verlangten die Beklagten, daß die Klage abgewiesen werde. Der Kläger faßte seinen zweiten Antrag dahin: festzustellen, daß die Beklagten verpflichtet seien, als Gesamtschuldner ihm allen weiteren Schaden, der aus dem Unfall entstanden sei und noch entstehen werde, zu ersetzen. Die Berufung wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die eingeklagten Leistungsansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt würden, und ferner festgestellt werde, die Beklagten seien verpflichtet, dem Kläger darüber hinaus allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm aus dem Unfall entstanden sei oder noch entstehen werde. — Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Das Landgericht hat mit der Begründung, daß ‚der geltend gemachte Anspruch' dem Grunde und der Höhe nach streitig sei und es sich daher nach § 304 Abs. 1 ZPO. rechtfertige, über den Grund des Anspruchs vorab zu entscheiden, ein Zwischenurteil dahin erlassen: ‚Der Klaganspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt'. Dabei hat es aber übersehen, daß schon im 1. Rechtsgange nicht nur ein Anspruch, sondern mehrere selbständige Ansprüche erhoben worden sind. Ferner hat es die rechtliche Natur des vom Kläger gestellten Antrages, die Beklagten zu verurteilen, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm sonst noch aus dem Unfall zustehe oder künftig noch zustehen werde, völlig verkannt, indem es darin, an dem Wortlaut haftend, ein Leistungsverlangen gefunden hat. In Wirklichkeit hat der Kläger damit nur die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des über die erhobenen Leistungsansprüche hinausgehenden Schadens begehrt, wie sich daraus ergibt, daß er insoweit einen Forderungsbetrag nicht beziffert hat, und wie in der Ber.-Verhandlung durch entsprechende Fassung des Antrages noch besonders klargestellt worden ist. Sein Feststellungsverlangen ist zulässig, denn der weitergehende Schaden ist gegenwärtig seiner Höhe nach nicht genau zu bestimmen, und die Feststellung dient zur Schaffung einer klaren Rechtslage wie zur Vorbereitung und Vereinfachung des künftigen Rechtsstreits über den Betrag, es liegt sonach ein rechtliches Interesse an der verlangten Feststellung auf seiten des Klägers vor (§ 256 ZPO.). Da nun der Feststellungsantrag nicht einen Streit über einen Betrag betrifft, ist insoweit für eine Vorabentscheidung über den Grund nach § 304 ZPO. Abs. 1 kein Raum (vgl. RGEntsch. 21, 382, in SeuffA. 44 Nr. 140; SächsA. 14, 498; 15, 324).

Das Urteil hat vielmehr dahin zu ergehen, daß die Verpflichtung der Beklagten zum weiteren Schadensersatze festzustellen ist. In diesem Teil ist die Entscheidung kein Zwischenurteil nach § 304, sondern Endurteil, Teilurteil i. S. des § 301 ZPO. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 26. Okt. 1916. 5 O. 139/15. Ch.

---

107. Kann eine Klage auf Unterhaltsgewährung schon während des Scheidungsstreits gegen den schuldigen Eheteil erhoben werden?

Vgl. 60 Nr. 110; auch 71 Nr. 197 m. N.
ZPO. § 259; BGB. § 1578.

Die Frage, ob ein auf Grund des § 1578 BGB. erhobener Anspruch während Bestehens der Ehe, noch vor rechtskräftig ausgesprochener Scheidung, erhoben werden könne, ist mit dem Reichsgericht, gegen die Ansicht des Landgerichts, zu verneinen.

In dem Urteil v. 5. Januar 1914 (Warneyer Rspr. d. RG. 1914 Nr. 293) spricht der 4. Ziv.-Sen. des Reichsgerichts in klarer, jeden Zweifel ausschließender Weise aus, daß vor Scheidung der Ehe die klagebegründenden Tatsachen für den dem unschuldigen Teil zustehenden Unterhaltsanspruch nicht gegeben seien, und es daher rechtlich ausgeschlossen sei, schon während Bestehens der Ehe über einen etwaigen zukünftigen Unterhaltsanspruch des Ehegatten aus § 1578 BGB. Entscheidung zu treffen. Das Reichsgericht folgt mit dieser, auch anderwärts vertretenen Ansicht,

vgl. Staudinger BGB. § 1578 Nr. 6; Schmidt, BGB. von Hölder, Schollmeyer u. a. § 1578 Nr. 5b; Förster-Kann ZPO. § 259 Nr. 1 Abs. 3; OLG. Celle und Stuttgart im Recht 1902, 435; 1911 Nr. 1154,

der Auslegung, die Stein (ZPO. § 259 I) der Vorschrift in § 259 ZPO. gibt, wonach eine Klage aus dieser Bestimmung nur unter der Voraussetzung zulässig ist, daß der Anspruch, wenn auch als befristeter oder bedingter, bereits besteht, d. h. daß die ihn begründenden Tatsachen bereits gegeben sind. Das ist aber bezüglich des Anspruchs aus § 1578 BGB. nicht der Fall solange die Ehe besteht. Denn sein Entstehen hat gerade zur Voraussetzung, daß die Ehe rechtskräftig geschieden ist.

Mit Unrecht sucht das Landgericht gegen das oben erwähnte Urteil des Reichsgerichts ein früheres, in RGEntsch. 58, 139 (SeuffA. 60 Nr. 110) abgedrucktes Urteil desselben Senats auszuspielen. Diese letztere Entscheidung betrifft nicht die Frage, ob eine Klage aus § 1578 BGB. zulässig sei solange die Ehe bestehe, sondern die Frage, ob eine Tochter gegen ihren Vater nach § 1620 BGB. auf Gewährung einer Aussteuer klagen könne, bevor ihre in Aussicht genommene Heirat geschlossen sei. Diese Frage durfte unbedenklich bejaht werden. Denn hier liegt die den Anspruch begründende Tatsache, näm-

lich das zwischen Tochter und Vater durch die Verwandtschaft begründete Rechtsverhältnis, schon vor, und der Anspruch ist nur noch davon bedingt, daß die Tochter sich verheiratet (vgl. die Worte in § 1620: „im Falle ihrer Verheiratung"). Beim Unterhaltsanspruch aus § 1578 BGB. aber sind die Voraussetzungen dafür während Bestehens der Ehe nicht gegeben. Die ihn begründende Tatsache ist vielmehr gerade die Wiederauflösung der bisher bestehenden Ehe. Erst mit der Rechtskraft des die Scheidung aussprechenden Urteils ist die Grundlage für den Anspruch aus § 1578 gegeben, der dann noch in der dort ersichtlichen Weise bedingt ist („insoweit zu gewähren, als"). Ein Widerspruch zwischen den zwei Entscheidungen des Reichsgerichts besteht sonach nicht, wenn auch die Begründung des Urteils in RGEntsch. 58, 139 vielleicht zu Zweifeln Anlaß geben mag. — Der Umstand, daß zwischen den Parteien ein Scheidungsprozeß, und zwar schon in der Ber.-Instanz, anhängig ist, ändert an der Unzulässigkeit der aus § 1578 BGB. erhobenen Klage nichts. Auch in dem vom Reichsgericht am 5. Januar 1914 entschiedenen Falle lagen die Parteien in Scheidung. — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 12. Juli 1916. W. w. W. — 7 O. 82/16. —e—.

---

108. Darf der Eigentümer, der ein rechtskräftiges Urteil auf Herausgabe erwirkt hat, gegen den Rechtsnachfolger seines Gegners eine neue Eigentumsklage erheben?

Vgl. oben Nr. 59 m. N.
ZPO. §§ 325. 727. 731; BGB. § 985.

Nachdem die klagende Firma in einem vorangegangenen Prozesse die Verurteilung des damaligen Beklagten L. zur Herausgabe von Maschinen, die ihr gehörten, rechtskräftig erstritten hatte, erhob sie die gleiche Klage auf Grund ihres Eigentums gegen die Firma Le., die während des früheren Prozesses die streitigen Maschinen von L. gekauft und übergeben erhalten hatte. — Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die Klägerin hatte schon vor Erhebung der vorliegenden Klage in dem gegen L. geführten Prozesse das rechtskräftige Urteil des Oberlandesgerichts N. erwirkt, wodurch auf Grund ihres Eigentums an jenen Gegenständen der damalige Beklagte zu deren Herausgabe verurteilt worden ist. Die Rechtskraft jenes Urteils wirkte auch gegen die verklagte Rechtsnachfolgerin L.s, falls diese im Zeitpunkt ihres Erwerbes hinsichtlich des Mangels im Rechte ihres Vorgängers oder auch nur in Ansehung der Rechtshängigkeit der gegen L. erhobenen Klage bösgläubig war (§ 325 ZPO.; vgl. RGEntsch. 79, 165, in SeuffA. 68 Nr. 29). Um die nach Maßgabe des § 325 ZPO. begründete Geltung der Rechtskraft eines Urteils gegen den Rechtsnachfolger

der verurteilten Partei zur Verwirklichung zu bringen, sind der obsiegenden Partei die beiden in § 727 und § 731 bezeichneten Wege eröffnet. Daß die Klägerin im Besitz einer die Nachfolge der Beklagten in die Rechtsstellung L.s erweisenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde und damit in der Lage gewesen wäre, von der Bestimmung des § 727 Gebrauch zu machen, dafür ist ein Anhalt nicht gegeben. Nichts hinderte aber die Klägerin, gemäß § 731 zu verfahren und bei dem insofern ausschließlich zuständigen Landgericht in N. aus dem gegen L. erlassenen Urteil gegen die jetzige Beklagte Klage auf Erteilung der Vollstr.-Klausel zu erheben (vgl. JW. 1900, 155[15]). Dies war der Weg, auf den das Gesetz in sehr bestimmt gehaltener Fassung die Klägerin hinwies.

Der von ihr tatsächlich eingeschlagene Weg der Erhebung einer neuen Eigentumsklage ist wesentlich dem Fall gleichzustellen, daß ein Gläubiger nach und trotz Erwirkung einer den Schuldner verurteilenden rechtskräftigen Entscheidung gegen diesen von neuem mit der Klage aus dem materiellen Schuldgrunde vorgeht. Es ist denkbar, daß der obsiegende Kläger begründeten Anlaß hat, von den Mitteln, welche ihm das Zw.-Vollstreckungsrecht der Prozeßordnung an die Hand gibt, abzusehen und zu einem zweiten Prozesse gegen den verurteilten Beklagten oder dessen Rechtsnachfolger auf der Grundlage des ursprünglichen Tatbestandes zu schreiten. Die Motive zum 1. Entw. des BGB. (1, 375/6) erwähnen das Beispiel, daß die Akten des ersten Prozesses durch Brand oder sonstige Unfälle verloren gegangen sind. Immer aber handelt es sich dann um Abweichungen vom regelmäßigen Verfahren, um Ausnahmen von der Regel, die zuzulassen sind, weil sich aus den besonderen Umständen des Falls ein berechtigtes Interesse der klagenden Partei an der Wahl des eingeschlagenen Weges ergibt. Zweifelhaft mag sein, ob das Gericht von Amts wegen zu Erörterungen und zur Entscheidung über die Frage der Zulässigkeit der zweiten, auf den materiellen Tatbestand gegründeten Klage veranlaßt und befugt ist. Dies kann hier auf sich beruhen, da die Beklagte in den Vorinstanzen auf den § 731 ZPO. hingewiesen und daraus einen Einwand gegen die Klage hergeleitet hat.

Die Klägerin hat keinerlei beachtliche Gründe dafür beigebracht, warum sie nicht das wider L. erwirkte Urteil zum weiteren Vorgehen gegen dessen Rechtsnachfolgerin benutzte. — — — Die Zulässigkeit einer Klage nach § 731 gegen die Beklagte als Erwerberin der streitigen Gegenstände kann einem Zweifel nicht unterliegen. Irgendein berechtigtes Interesse, den von der Prozeßordnung gewiesenen Weg zu verlassen und gegen die Beklagte aus § 985 BGB. zu klagen, wird für die Klägerin nicht ersichtlich. Anderseits wird durch die Art des Vorgehens der Klägerin das beachtliche Interesse der Beklagten nachteilig berührt. Dies folgt schon daraus, daß jede Partei an Vermeidung unnötiger Geldaufwendungen interessiert ist, in dem hier gewählten Verfahren des ordentlichen Prozesses aber höhere Gebührensätze als

im Verfahren nach § 731 erwachsen (§ 26 Nr. 8 GKG.; § 20 Geb.O. f. R.A.). Außerdem würde, wenn die Klägerin in diesem Rechtsstreit obsiegt, der Beklagten die Gefahr drohen, daß nicht nur das neue, sondern auch das gegen ihren Rechtsvorgänger erwirkte Urteil als Titel zu Vollstr.-Angriffen wider sie benutzt werden könnte.

Ist sonach ein berechtigtes, schutzwürdiges Interesse nicht auf Seite der Klägerin, sondern auf Seite der Beklagten anzuerkennen, so muß die vorliegende, vom regelrechten Wege abweichende Klage der Abweisung unterliegen;

vgl. auch RGEntsch. 16, 435, in SeuffA. 42 Nr. 258; 35, 359; 39, 5; 46, 306; JW. 1891, 310[15].

Gegenstandlos ist der Hinweis der Revision auf die Statthaftigkeit der Wahl zwischen verschiedenen Klagegründen, namentlich zwischen einem Grunde allgemeiner und einem Grunde besonderer Natur. Hier handelt es sich nicht um eine solche Auswahl, sondern darum, ob die Klägerin rechtlichen Anlaß hatte, von dem ihr durch die Prozeßordnung gewiesenen Wege abzugehen Ebensowenig trifft das noch vorgetragene Bedenken zu, die neue Eigentumsklage bringe die Gefahr mit sich, daß das im Vorprozesse festgestellte Eigentum im gegenwärtigen Rechtsstreit verneint werden könnte, es sei aber nicht Aufgabe des Gerichts, der Klägerin gegen deren eigenen Willen eine Fürsorge angedeihen zu lassen. Der hier angedeutete Gesichtspunkt, die Klägerin gegen eine Prozeßgefahr zu schützen, ist für die Klagabweisung nicht maßgebend gewesen. Im übrigen ist auch nicht anzunehmen, daß die Stellung der Klägerin bei sachlicher Durchführung der Eigentumsklage schwieriger als im Falle einer Klage nach § 731 ZPO. wäre. Zur Erörterung der Umstände, auf die es sachlich ausschlaggebend ankommt, nämlich der nicht mehr streitigen Identität der der Klägerin im Prozesse gegen L. zugesprochenen Gegenstände mit den von L. an die Beklagte veräußerten Sachen und der Frage einer Bösgläubigkeit der Beklagten im weiter oben angedeuteten Sinne bieten beide Arten von Prozeßverfahren in gleicher Weise Raum. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 26. Mai 1916. S. (Kl.) w. L. (OLG. Dresden). VII. 84/16. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 67 S. 267.

---

109. Verurteilung Zug um Zug; zur vollstreckbaren Ausfertigung ist eine Anordnung des Vorsitzenden nicht erforderlich.

ZPO. §§ 726. 730.

Die Kläger hatten der Beklagten den Neubau eines Landhauses auf einem ihnen gehörigen Grundstück in E. übertragen und mit ihr vereinbart, daß alle etwaigen Streitigkeiten aus diesem Bauvertrag endgültig durch ein Schiedsgericht geschlichtet werden sollten. Nach Fertigstellung des Baues verweigerten die Kläger dessen Abnahme, weil er mit Mängeln behaftet sei. Durch Schieds-

spruch v. 20. Nov. 1914 wurde die Beklagte schuldig erkannt „an die Kläger gegen Rückverbriefung der Villa in E. auf Kosten der Beklagten 30300 ℳ nebst 4% Zinsen seit 1. Aug. 1914 zu bezahlen". Das Landgericht erklärte die Zw.-Vollstreckung aus dem Schiedsspruch für zulässig, wies die auf Aufhebung des Schiedsspruchs gerichtete Widerklage ab und erklärte das Urteil gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 50000 ℳ für vorläufig vollstreckbar. Die von der Beklagten eingelegten Rechtsmittel waren ohne Erfolg.

Der Gerichtsschreiber des Landgerichts hatte alsbald nach Erlassung des landgerichtlichen Urteils den Klägern eine Ausfertigung zum Zweck der Zw.-Vollstreckung erteilt und dabei auf die Anordnung der Sicherheitsleistung hingewiesen. Gegen die Zulässigkeit dieser Vollstr.-Klausel erhob die Beklagte Einwendungen, weil sie nach §§ 730. 726 Abs. 1 ZPO. nur auf Anordnung des Vorsitzenden habe erteilt werden dürfen. Die Einwendungen wurden vom Landgericht kostenfällig zurückgewiesen. Die von der Beklagten gegen den landgerichtlichen Beschluß eingelegte Beschwerde ist nicht, wie sie meint, die sofortige, sondern die einfache Beschwerde nach § 567 ZPO., weil die Erteilung der Vollstr.-Klausel die Zw.-Vollstreckung erst vorbereitet und noch nicht einen Teil des Zw.-Vollstr.-Verfahrens bildet, so daß § 793 ZPO. nicht anwendbar ist. Begründet ist das Rechtsmittel nicht.

Bei dem hier in Frage stehenden Teil des Schiedsspruchs handelt es sich um die Verurteilung der Beklagten zu einer Leistung Zug um Zug gegen eine Leistung der Kläger. Das ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus der Fassung des Schiedsspruchs und wird durch die Gründe desselben bestätigt. Der rechtliche Vorgang ist der Durchführung der vollzogenen Wandelung (§ 467 BGB.) oder des Rücktritts von einem Vertrage (§§ 346. 348 BGB.) zu vergleichen. Die „Leistung" der Beklagten ist hier die Zahlung, zu der sie verurteilt ist. Die „Leistung" der Kläger besteht nicht, wie die Beschwerde meint, im Abschluß eines Kaufvertrags, sondern in der vom Schiedsspruch nicht ganz zutreffend als „Rückverbriefung" bezeichneten Übertragung des Eigentums an Grundstück und Haus auf die Beklagte gemäß §§ 873. 925 BGB. Der Begriff der Leistung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie eine Mitwirkung der Gegenpartei erfordert und selbst wieder ausschließlich oder zum Teil, wie bei der Einigung nach §§ 873. 925 BGB., in einem Vertrage besteht.

Ist der Beklagte wie hier zu einer Leistung Zug um Zug verurteilt, so braucht der Gläubiger nach § 726 Abs. 2 ZPO., um die Vollstr.-Klausel zu erlangen, in der Regel nicht zu beweisen, daß der Schuldner die ihm gebührende Leistung erhalten habe oder sich im Annahmeverzug befinde. Um den Gläubiger nicht zur Vorleistung zu nötigen, wird die Vollstr.-Klausel ohne weiteres erteilt (Gaupp-Stein Bem. III zu § 726 ZPO.). Eine Anordnung des Vorsitzenden ist, wie sich aus § 730 Abs. 1 ZPO. ergibt, in diesen Fällen zur Erteilung der Vollstr.-Klausel nicht erforderlich. Den Beweis der Leistung oder des Annahmeverzugs hat der Gläubiger erst bei Beginn der Zw.-Vollstreckung

zu führen (§ 756 ZPO.). Die Anwendbarkeit des § 726 Abs. 2 ZPO. erfährt allerdings — mit Rücksicht auf § 894 ZPO. — eine Einschränkung dann, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht. Das ist aber hier nicht der Fall. Denn die dem Schuldner obliegende Leistung i. S. des § 726 Abs. 2 ZPO. ist diejenige, zu der er verurteilt ist, hier also die Zahlung der 30300 ℳ, nicht etwa die Mitwirkung des Schuldners bei der Leistung des Gläubigers an ihn.

Mit Recht hat daher das Landgericht den Einwendungen der Beklagten nicht stattgegeben.

Beschluß des OLG. München (4. Sen.) v. 23. Juni 1916. P. w. H. & L. Beschw.-Reg. 11/16. F—z.

---

110. Strenge Anforderungen an den Entlastungsbeweis bei Anfechtung inkongruenter Deckungsgeschäfte.

Vgl. 67 Nr. 129 m. N.
KO. § 30².

Der Müller P. hatte seit längerer Zeit von der verklagten Firma Waren gegen 30 Tage Ziel bezogen. Wegen 1280 ℳ, die im April 1914 fällig waren, erbat P. Stundung, die ihm gegen Hergabe eines Akzepts auf den 27. Mai 1914 gewährt wurde. Das Akzept löste er nicht ein. Am Fälligkeitstage suchte ihn Pl., der Prokurist der verklagten Firma, auf und ließ sich Forderungen im Gesamtbetrage von 1552,85 ℳ abtreten. Daraus sollte nicht nur die fällige Warenschuld gedeckt werden, sondern noch 100 ℳ Entschädigung, die P. der Beklagten zusagte für Aufhebung eines noch laufenden Schlusses für Gerste. Am 20. Juni 1914 stellte P. Antrag auf Konk.-Eröffnung gegen sich. Der Konk.-Verwalter focht die Abtretung auf Grund § 30 Nr. 2 KO. mit Erfolg an. — Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Ist sonach die Zahlungseinstellung für den Zeitpunkt, in dem die Beklagte das inkongruente Deckungsgeschäft durch ihren Prokuristen abschließen ließ, erwiesen, so hat sie, um die Anfechtung zu entkräften, zu beweisen, daß ihrem Vertreter weder die Zahlungseinstellung noch eine Begünstigungsabsicht P.s bekannt war. In beiden Richtungen ist der Beweis, an den bei der Gefährlichkeit inkongruenter Deckungsgeschäfte strenge Anforderungen gestellt werden müssen, nicht erbracht. Wenn ein Kaufmann eine Kaufpreisforderung bereits einmal hat stunden müssen und dann der über die gestundete Schuld ausgestellte Wechsel nicht eingelöst wird, so muß er mit der nahen Möglichkeit rechnen, daß diese Nichteinlösung auf einer Zahlungseinstellung des Schuldners beruht, und ist darlegungspflichtig für die Umstände, die ihm die Überzeugung verschafft haben, daß gleichwohl in diesem besonderen Fall eine Zahlungseinstellung nicht vorlag. Dazu genügt nicht die Anstellung irgendwelcher Nachfragen beim Schuldner und oberflächlicher

andrer Erkundigungen; der Gläubiger muß vielmehr so ernstliche Bemühungen dartun, sich über die Lage des Schuldners Klarheit zu verschaffen, wie man billigerweise von einem redlichen, sorgfältigen Kaufmann verlangen kann, der sich die nahe Möglichkeit vor Augen hält, daß der Schuldner seine Zahlungen eingestellt habe. Hier hat sich Bl. darauf beschränkt, den Schuldner zu fragen: ‚Es liegen doch keine Klagen oder Pfändungen gegen Sie vor?' und sich bei der verneinenden Antwort beruhigt. Nachher hat er den Mandatar W., den er mit der Einziehung der abgetretenen Forderungen beauftragen wollte, gefragt, wie es mit P. stehe und die Antwort bekommen, soviel dem W. bekannt, liefen keine Klagen und Pfändungen, wie es auswärts aussehe, wisse er nicht. Mit diesen Erkundigungen hat Bl. sich begnügt, naheliegende und ihm, da er doch gerade wegen des Ausbleibens der Wechselsumme an den Wohnort des Schuldners gereist war, leicht mögliche gründlichere Nachfragen hat er unterlassen. Die näheren Umstände, warum P. die bereits einmal gestundete Schuld wiederum nicht bezahlen könne, hat er sich nicht von dem Schuldner darlegen lassen, sich nicht unterrichtet, ob er nicht mit der Abtretung alle Aktiven erhielt, die P. noch hatte, sich jeder Frage, ob das Inventar oder das noch vorhandene Warenlager nicht verschrieben sei, ob nicht noch andre Wechsel unbezahlt geblieben, ob kürzlich Sicherheitshypotheken bestellt seien, enthalten, den P. nicht veranlaßt, ihm aus seinen Büchern seine Lage klarzustellen, sich nicht ermächtigen lassen, bei der ihm bekannten Bank, mit der P. in Verbindung stand, zu erkundigen. Das sind alles Umstände, die den Verdacht begründen können, daß Bl. die Verhältnisse des P. kannte und es absichtlich unterließ, eingehendere Fragen zu stellen. Wenn diese Umstände auch zu dem Beweise der Kenntnis von der Zahlungseinstellung nicht ausreichen möchten, so stehen sie doch dem von der Beklagten zu erbringenden Beweise der Nichtkenntnis entgegen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 18. Okt. 1916. P. Konk. (Kl.) w. Bl. Bf. V. 54/16. Nö.

I. Bürgerliches Recht.

111. Eigenhändige Namensunterschrift im Sinne von Versicherungsbedingungen.

Vgl. 60 Nr. 93 m. N.; 62 Nr. 52.
BGB. §§ 126, 127.

Daß der Ehemann der Klägerin durch einen Unfall mit tödlichem Ausgang i. S. der (Abonnenten) Vers.-Bedingungen ums Leben gekommen ist, geht aus der Akte der Berufsgenossenschaft hervor. Auch die Berechtigung der Klägerin zur Einklagung der Versicherungssumme kann nicht bezweifelt werden. Es kommt demnach lediglich an auf die Auslegung der Worte „eigenhändig mit seiner Namensunterschrift zu versehen" in dem in Betracht kommenden Paragraphen der Versich.-Bedingungen, dessen genaue Beobachtung nach Ausführung der Beklagten die Vorbedingung für den Anspruch auf die Versicherungssumme sein soll. Das Ber.-Gericht tritt ungeachtet der gegenteiligen Ausführung der Ber.-Klägerin der Begründung des Landgerichts bei.

Der Vorderrichter nimmt zutreffend Bezug auf die bekannte Entscheidung der verein. Zivilsenate des Reichsgerichts in Entsch. 74, 69—76, betr. die Erfordernisse der in § 126 BGB. erörterten Schriftform, die nach § 127 im Zweifel auch bei Verträgen zu gelten haben, und schon auf Grund dessen ließe sich die Aufrechterhaltung des Vorderurteils rechtfertigen. Es kommt aber auch abgesehen hiervon bei der Beurteilung der Frage, was die Parteien unter den obigen Worten verstanden haben oder in welchem Sinne der verstorbene Ehemann der Klägerin jene Worte auffassen durfte, wesentlich in Betracht, welcher Bevölkerungsklasse dieser angehörte und für welche Schichten der Bevölkerung das von der Beklagten herausgegebene Blatt bestimmt ist. Es zeigt nun schon der geringe Abonnementsbetrag von nur 50 Pf. monatlich, daß das Blatt wesentlich für die niederen, meist ungebildeten oder halbgebildeten Kreise, und zwar insbesondere für die handarbeitende Klasse bestimmt ist, der auch der verstorbene Ehemann der Klägerin angehörte. Erfahrunggemäß pflegt in diesen Bevölkerungsschichten der Mann wenig gewandt mit der Feder zu sein; es ist hier deshalb etwas durchaus gewöhnliches, daß bei Schrift-

stücken, welche an sich der Mann zu unterschreiben hat, die Frau in seinem Einverständnis mit seinem Namen unterschreibt. Hierin erblickt der Verkehr in diesen Bevölkerungsschichten nichts unrechtes, zumal ja auch oft der auf Arbeit außer Haus befindliche Ehemann garnicht in der Lage ist, selber stets sofort persönlich zur Feder zu greifen. Wenn nun die Beklagte, welche ihre Abonnenten vorzugsweise in diesen Kreisen sucht, die Vorschrift aufstellt: „Die Quittung ist vom Abonnenten sofort nach Empfang eigenhändig mit seiner Namensunterschrift zu versehen", so konnte sie nicht voraussetzen, daß in allen Fällen jeder Arbeiter sofort nach Abgabe der Quittung persönlich mit eigener Hand seinen Namen auf das Papier setzen werde, sie mußte vielmehr als verständiger Mensch damit rechnen, daß in sehr vielen Fällen diese Unterschrift von der Hand der Frau geleistet werden würde. Mußte man letzteres aber als etwas Selbstverständliches annehmen, so brauchte auch der Abonnent das Gebot der Eigenhändigkeit nicht dahin zu verstehen, daß er stets persönlich mit eigener Hand zur Feder greifen müsse, durfte vielmehr davon ausgehen, daß es einerlei sei, ob er persönlich den Namenszug auf die Quittung setze oder ob dies seitens der Frau geschehe. Es läßt sich demnach nicht sagen, daß hier dem wahren Sinne der obigen Vorschrift zuwider gehandelt sei, deshalb war auch aus diesem Grunde das Vorderurteil zu bestätigen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 14. Febr. 1917. D. w. E. H. Bf. I. 252/16. Nö.

---

112. Der Hinterleger von Wertpapieren zur Sicherheit hat keinen Anspruch auf Herausgabe von Zinsscheinen, wenn der Kurswert gesunken ist und er die Sicherheit nicht erhöht.

Vgl. 70 Nr. 68.
BGB. §§ 240. 1296; ZPO. § 109.

Der Kläger, der durch Urteil des Landgerichts zu L. v. 11. Okt. 1912 zur Bezahlung von *M* 9500 mit Zinsen an den jetzigen Beklagten verurteilt worden war, hatte gegen dieses Urteil Berufung eingelegt, über die noch nicht entschieden war, und nach Vereinbarung mit dem Beklagten zur Abwendung der Zw.-Vollstreckung fünf Pfandbriefe der preuß. Hyp.-Aktienbank je zu 2000 *M* mit Erneuerungs- und Zinsscheinen beim Vertreter des Beklagten hinterlegt. Da der Beklagte die Herausgabe der vier inzwischen fällig gewordenen Zinsscheine verweigerte, klagte der Kläger auf deren Herausgabe. Der Beklagte machte u. a. geltend, daß die hinterlegten Wertpapiere infolge des Krieges entwertet seien und daß er deshalb eine Erhöhung der Sicherheit verlangen könne. — Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„An den vom Kläger hinterlegten Wertpapieren hat, da ihre Hinterlegung nach dem Willen der Parteien einer Hinterlegung bei einer gerichtlichen Hinter-

legungsstelle in Ansehung der auf sie anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen gleichstehen soll, der Beklagte ein Pfandrecht erworben (§ 233 BGB.), das sich auch auf die hinterlegten Zinsscheine erstreckt (§ 1296 Satz 1 BGB.). Der Kläger kann die Herausgabe der Zinsscheine verlangen, soweit sie vor dem Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 BGB. (Fälligkeit der gesicherten Forderung) fällig werden (§ 1296 Abs. 2 BGB.). Der Kläger behauptet zwar, daß die gesicherte Forderung noch nicht fällig sei. — — — Indessen kann das dahingestellt bleiben, da die Annahme des Landgerichts zutreffend ist, daß der Kläger mit seinem Verlangen auf Herausgabe der Zinsscheine wider Treu und Glauben verstößt, weil der Beklagte die Ergänzung der ohne sein Verschulden unzureichend gewordenen Sicherheit verlangen kann und verlangt (§ 240 BGB.).

Daß die Wertpapiere allein für ausreichend erachtet worden seien, um wegen eines Betrages von 9500 ℳ als Sicherheit zu dienen, ist nicht richtig. Da die Zinsscheine für den 1. Oktober 1913 und die späteren Zinstermine bei der Hinterlegung mit übergeben worden sind, läßt sich nur sagen, daß die Wertpapiere mit den Zinsscheinen als zu dem erwähnten Zweck ausreichend erachtet worden seien. Die Wertpapiere haben zur Zeit der Hinterlegung unstreitig einen Kurswert von 98 gehabt. Nach der eigenen Angabe des Klägers waren sie schon zur Zeit der letzten Notierung v. 24. Juli 1914 im Kurswerte gesunken (der Kursstand war damals 96). Die Forderung des Beklagten ist aber außerdem um den Betrag der seit der Hinterlegung erwachsenen Zinsen, für die die Sicherheit mit haftet, erhöht, und diese Zinsen betragen mehr als der Wert der vom Kläger beanspruchten Zinsscheine. Dazu kommt, daß auch der Kurswert der Wertpapiere, wie ohne weiteres anzunehmen ist, infolge des Kriegszustandes gesunken ist. — — — Es würde auch, wenn man den vollen Kurswert, den die Wertpapiere zur Zeit der Hinterlegung oder am 25. Juli 1914 hatten, zugrunde legt, die Forderung des Beklagten nebst den bisher entstandenen Zinsen durch die hinterlegten Wertpapiere zuzüglich des Wertes der vom Kläger beanspruchten Zinsscheine nicht zum vollen Betrage gesichert sein.

Das Verlangen des Beklagten auf Ergänzung der Sicherheit ist sonach gerechtfertigt; da der Kläger die Sicherheit nicht ergänzen will und nicht ergänzt hat, ist der Beklagte berechtigt, die Herausgabe der geforderten Zinsscheine zu verweigern (§ 273 BGB.). Dazu würde er auch dann berechtigt sein, wenn anzunehmen wäre, daß bei der Hinterlegung von Wertpapieren die Zinsscheine nur um deswillen mit zu hinterlegen sind, weil es ihrer zur Verkaufsfähigkeit der Papiere bedarf, und ihre Hinterlegung nicht den Zweck verfolgt, die zu leistende Sicherheit über den Wert der Papiere zu erhöhen (vgl. Ann. des OLG. Dresden 28, 160)."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 11. Okt. 1915. F. w. Gr. 5 O. 98/15. F—ch.

113. Unmöglichkeit der Herausgabe wenn die Sache abhanden gekommen ist? Beweislast.

Vgl. 36 Nr. 111.
BGB. § 275.

Daß der Beklagte an sich verpflichtet ist, die Strazze seines von ihm an die Klägerin verkauften, in Brambach betriebenen Mineralwassergeschäfts der Klägerin herauszugeben, ist außer Zweifel. Denn die Strazze gehört zu den Geschäftsbüchern, und deren Herausgabe ist in § 4 des Kaufvertrags ausdrücklich ausbedungen.

Wenn sich der Beklagte seiner Herausgabepflicht dadurch zu entziehen sucht, daß er behauptet, die Herausgabe sei objektiv unmöglich, so muß er den Eintritt der Unmöglichkeit als rechtsvernichtenden Umstand voll beweisen; die Leistung hat insoweit als möglich zu gelten wie nicht ihre Unmöglichkeit feststeht;

Planck BGB.[4], Vorbem. zu §§ 275 ff. II 2; Oertmann Schuldverh. § 275 4a; Cosack B. R.[6] § 99 II, 3.

Eine solche Unmöglichkeit wird noch nicht dadurch dargetan, daß der Beklagte den Nachweis erbringt, das Buch sei ihm abhanden gekommen. Denn das Buch kann wieder in seinen Besitz gelangen; er kann den Dritten ausfindig machen, der es hat zc. (vgl. Planck a. a. O. S. 205, 2a). Deshalb genügt es noch nicht, wenn der Beklagte beweist, daß ihm die Strazze auf seinem Umzug von Br. nach Gr. verloren gegangen sei. Er müßte weiterhin den Nachweis führen, daß die Strazze infolge des Verlustes vernichtet, oder doch zum mindesten, daß sie für ihn unauffindbar und nicht wieder beschaffbar sei. Hieran aber fehlt es.

Selbst wenn man der unbeeidigten Aussage der Frau des Beklagten vollen Glauben beimessen wollte, würde daraus doch nichts weiter folgen, als daß der Beklagte ihr erzählt hat, er habe die Geschäftsbücher mit dem übrigen Geschäftsinventar in den EBWagen nach Gr. verladen lassen, daß er später darüber geklagt hat, die Bücher seien abhanden gekommen, und daß er sich zu Hause wiederholt bemüht hat, die Bücher zu finden. Daß er sich nach dem Verbleiben des Bücherpakets bei der Eisenbahn oder bei den mit dem Transport beschäftigten Personen erkundigt habe, kann die Zeugin nicht sagen. Nicht das geringste hat der Beklagte in der Richtung vorzubringen vermocht, welche ernstlichen Schritte er etwa zur Wiedererlangung der Bücher gemacht, in welcher Weise er bei der Eisenbahnverwaltung und dem mit seinem Umzug beauftragten Spediteur vorstellig geworden, ob er den Transport, insbesondere die Bücher versichert hatte und wie sich die Versicherungsgesellschaft seinen Ansprüchen gegenüber verhalten hat. Bei dem großen Wert, den der Beklagte selbst auf die Bücher legte, und bei der Verpflichtung zur Herausgabe, die ihm der Klägerin gegenüber oblag, wäre eine Versicherung gegen Verlust beim Umzug wohl am Platze gewesen. Erst wenn dargetan

wäre, daß all die vorgedachten Bemühungen erfolglos gewesen und nach menschlichem Ermessen jede Möglichkeit als ausgeschlossen zu erachten wäre, daß die Strazze wieder zum Vorschein käme, könnte von einer Unmöglichkeit der Leistung i. S. von § 275 BGB. gesprochen werden. — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 21. Nov. 1916. Br. Spr. w. M. 7 O. 325/13. —e—

114. Bei Setzung einer Nachfrist muß klar zum Ausdruck kommen, daß sonst die Erfüllung abgelehnt und Schadenersatz gefordert wird.

BGB. § 326.

Die Beklagten haben auch in dieser Instanz geltend gemacht, sie hätten der Klägerin zur Erfüllung eine Nachfrist gemäß § 326 BGB. gesetzt und wären nach fruchtlosem Ablauf derselben mit Recht vom Vertrage zurückgetreten.

In Übereinstimmung mit dem Landgericht kann weder in dem der Klägerin übersandten Telegramm noch in dem dies bestätigenden Schreiben v. 3. März 1915 eine nach § 326 BGB. ausreichende Nachfristsetzung erblickt werden. Es ist in der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft allgemein anerkannt, daß nach § 326 BGB. der Gläubiger mit der Fristsetzung die Androhung der Ablehnung der Erfüllung nach Ablauf der Frist deutlich zum Ausdruck bringen muß. Eine Fristsetzung ohne gleichzeitige Ablehnungserklärung kann nie die Wirkungen des § 326 nach sich ziehen. Diese Auffassung entspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes, das die Ablehnungserklärung ausdrücklich dem Gläubiger zur Pflicht macht. Auch das Reichsgericht hat in wiederholten Entscheidungen diesen Standpunkt gebilligt. In seiner in JW. 1910, 12 abgedruckten Entscheidung hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß im Interesse der Sicherheit des Verkehrs von einem Gläubiger, der sich die in § 326 BGB. bestimmten Folgen des Rechts zum Rücktritt vom Vertrage oder auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung sichern will, verlangt werden muß, daß er eine dem § 326 entsprechende klare Rechtslage schafft, indem er seine Entschließung, daß er die Annahme der Erfüllung ablehne und Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordere, in bestimmter endgültiger Weise dem Vertragsgegner erklärt. Eine die Androhung der Ablehnung der Erfüllung nicht enthaltende Erklärung würde eine Rechtslage schaffen, die es dem Käufer ermöglichte, bei steigender Konjunktur Erfüllung, bei fallender Konjunktur Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, also auf Kosten des Verkäufers zu spekulieren.

Angesichts dieser klaren Rechtslage berufen sich die Beklagten ohne Erfolg darauf, daß im kaufmännischen Verkehr eine Nachfristsetzung, wie sie in dem Telegramm enthalten sei, als eine solche die Wirkungen des § 326 auslösende angesehen würde, auch wenn mit ihr die Erklärung nicht verbunden sei, nach Ablauf der Frist die Erfüllung ablehnen zu wollen. Selbst, wenn eine solche

Auffassung in kaufmännischen Kreisen herrschte, würde sie nicht geeignet sein, angesichts der in § 326 enthaltenen Bestimmung die Androhungserklärung entbehrlich zu machen. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 15. Jan. 1917. Stralf. Zuckerfabr. w. E. & Z. Bf. V. 275/16. Nö.

---

115. Rücktritt auf Grund der Kriegsklausel nur binnen angemessener Frist.

Vgl. 71 Nr. 224 m. N.; 72 Nr. 5.

BGB. § 346.

Die Kriegsklausel in § 1 des Schlußscheins ist richtig nicht als auflösende Bedingung zu verstehen, sondern gewährt der Verkäuferin lediglich ein vertragliches Rücktrittsrecht. Ob am 1. August bereits der Kriegsfall i. S. der Klausel eingetreten war, kann dahinstehen. Die Kriegsklausel ist als tief einschneidende, die Interessen des Käufers sehr stark berührende Vertragsbestimmung mit besonders sorgfältiger Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr auszulegen und anzuwenden. Es darf von ihr nur so Gebrauch gemacht werden, daß keine billige Rücksicht auf die Interessen des Käufers außer acht gelassen wird. Da der Käufer stets seine eigenen wirtschaftlichen Maßnahmen im Hinblick auf den abgeschlossenen Kauf getroffen haben wird, so muß er, wenn auch nicht unverzüglich (RG. im Recht 1916 143[288]), so doch, sobald der Verkäufer die Verhältnisse einigermaßen überblicken kann, darüber Gewißheit erhalten, ob der Verkäufer glaubt, einen Rücktritt vom Vertrage auf den Krieg stützen zu können und ob er gewillt ist, von einem solchen Rechte Gebrauch zu machen. Hat der Verkäufer seine Nichtlieferung auf andre Gründe, vorliegend auf die Beschlagnahme, gestützt und dadurch den Käufer veranlaßt, sein weiteres Verhalten gerade hierauf einzustellen, wo eine spätere Lieferung nach Aufhebung der Beschlagnahme nicht ausgeschlossen erschien, und kommt er nach monatelangem Schriftwechsel und Verhandlungen allererst im Prozesse mit einer Berufung auf die Kriegsklausel hervor, so kann ihm eine solche Verteidigung mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr nicht mehr verstattet werden.

Diese Auffassung der Klausel entspricht auch durchaus der allgemeinen Rechtsüberzeugung, wie sie sich in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen hat. Es mag genügen, auf die Urteile des OLG. Braunschweig v. 18. Juni 1915 in OLGRspr. 31, 183, des KG. Berlin v. 21. März 1916 ebendort 32, 312 (wo es sich um eine fast genau gleiche Verzögerung in der Geltendmachung der Klausel handelte), des Hanseat. OLG. 4. Sen. v. 14. Juli 1916 in HansGZ. 1916 Nr. 123; des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 29. Febr. 1916 in JW. 1916, 829 zu verweisen. Von gleichen Grundsätzen geht auch der 3. Senat dieses Gerichts in OLGRspr. 31, 362 aus. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 16. Jan. 1917. L. (Kl.) w. M. Bf. II. 229/15. B.



116. Verstärkende Schuldübernahme oder Bürgschaft?

Vgl. 62 Nr. 178 m. N.; 63 Nr. 219; 67 Nr. 141.

Der Sohn der Beklagten schuldete dem Kläger 1000 *M* Wechselsumme mit 6% Zinsen daraus seit dem 13. Mai 1913. Der Kläger behauptete, die Beklagte habe im November 1913 oder um diese Zeit, da ihr Sohn den Wechsel bei Verfall nicht eingelöst hatte und ihm Klage angedroht war, die Schuld übernommen und sich verpflichtet, sie in Hauptsache und Zinsen bis spätestens Ende Juni 1914 an den Kläger zu bezahlen. Er beantragte, die Beklagte zur Zahlung von 1000 *M* nebst den Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte bestritt die Schuldübernahme. — In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen; in 2. Instanz wurde die Beklagte verurteilt. Aus den Gründen:

„Durch die Aussage des Zeugen B. erachtet das Ber.-Gericht als erwiesen, daß die Beklagte dem Kläger im November 1913 versprochen hat, bis Ende Juni 1914 ihm die Schuld ihres Sohnes zu bezahlen. Das Versprechen stellt sich rechtlich als Schuldmitübernahme — Schuldbeitritt, kumulative Schuldübernahme — dar;

Staudinger $^{7/8}$ Vorbem. 3 vor § 414, Bem. 4a zu § 766; Planck[4] Vorbem. 2a vor § 414; SeuffBl. 68, 365; 70, 157; 74, 46; Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 6 (Jahrg. 1910), 125 und die an diesen Stellen weiter aufgeführten Schriftsteller und Entscheidungen.

Die Anschauung des Landgerichts, daß in dem Versprechen nur eine Bürgschaftserklärung zu erblicken wäre, die mangels der schriftlichen Form der Gültigkeit entbehrte, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Der Beklagten war es nicht darum zu tun, nur dafür einzustehen, daß ihr Sohn seine Verbindlichkeit erfüllen werde. Sie kann nicht mehr gehofft haben, daß ihr Sohn die Schuld noch bezahlen werde. Es stand schon fest, daß er seine längst fällige Verpflichtung nicht erfüllt hatte und nicht erfüllen konnte. Der Kläger bat nun die Beklagte um die Tilgung der fremden Schuld, und sie sagte diese für einen bestimmten Zeitpunkt zu. Diese Umstände beweisen den Willen der Beklagten, eine Schuldmitübernahme einzugehen (vgl. Wolf Kumulative Schuldübernahme; Dissertation; Würzburg 1908). Die Beklagte hat damit eine fremde Schuld in der Weise übernommen, daß sie neben dem bisherigen Schuldner als Gesamtschuldnerin nach § 421 BGB. eingetreten ist.

Ein eigenes unmittelbares, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Übernehmers an der Schuldübernahme ist für die Annahme einer kumulativen Schuldübernahme nicht unter allen Umständen notwendig. Ein solches Erfordernis stellt auch das vom Landgericht angeführte Urteil des Reichsgerichts (Entsch. 64, 318) nicht auf; es sagt nur, daß es besonderer Umstände bedürfe, um auf den Willen einer kumulativen Schuldübernahme schließen zu können, und daß das eigene Interesse des Schuldübernehmers im gegebenen Falle den Schluß auf das Vorliegen einer eigenen selbständigen solidarischen Verbindlichkeit des Übernehmenden und nicht einer bloßen Bürgschaft rechtfertige.

Aber auch ohne daß der Übernehmer ein eigenes Interesse am Schuldbeitritt haben muß, kann sein Wille auf die Begründung eines solchen Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Im vorliegenden Fall würden übrigens die vom Kläger behaupteten Umstände, daß der Sohn der Beklagten das entliehene Geld teilweise für sie selbst verwendet habe und daß die Beklagte die Schuld deshalb übernommen habe, weil sie bestrebt gewesen sei, die geschäftliche Existenz ihres Sohnes, eines Kaufmanns, und den guten Ruf der Familie zu erhalten, für die Annahme eines eigenen Interesses an der Schuldübernahme sprechen.

Die Schuldmitübernahme bedarf nicht der schriftlichen Form, sie kann auch durch einen formlosen Vertrag erfolgen. Die Schuldmitübernahme der Beklagten ist daher gültig und letztere verpflichtet, die der Höhe nach nicht bestrittene Schuld ihres Sohnes dem Kläger zu bezahlen."

Urteil des OLG. **München** (4. Sen.) v. 29. Dez. 1916. F. w. F. L. 222/16.
F—z.

---

117. Erlöschen der Lieferungspflicht bei verspätetem Abruf.

Vgl. 70 Nr. 211 m. N.
BGB. §§ 433 Abs. 2, 293.

Die Beklagte hatte im Dezember 1914 an die Klägerin 4 Ladungen zu je 10000 kg kaustischer Soda verkauft zur Lieferung auf Abfordern bis Juni 1915, im Anschluß an einen laufenden Vertrag. Die Klägerin rief auf den neueren Schluß am 8. Mai 1915 die erste Ladung ab, die ihr am 18. Mai geliefert wurde, und sodann am 3. Juni 1915 die drei weiteren Ladungen, diese zunächst für Ende Juni, Mitte August und Ende September, schließlich auf Einspruch der Klägerin sämtlich für Ende Juni. Die Beklagte lieferte jedoch nur noch eine Ladung. Mit der Klage wurde ihre Verurteilung zur Lieferung der beiden letzten Ladungen begehrt. — Die Klage wurde abgewiesen, das Oberlandesgericht bestätigte aus folgenden Gründen:

„Die 4 Ladungen kaustischer Soda waren ‚zur sukzessiven Absendung bis Juni 1915' bestellt. Damit war der Klägerin einerseits ein gewisser Spielraum in der Abnahme der Ware eingeräumt, anderseits hatte sie doch die Verpflichtung, für ihre Abforderungen annähernd gleiche zeitliche Zwischenräume einzuhalten. Zwar ist im Regelfall dann, wenn für größere Mengen unangemessen kurze Abruffristen gesetzt werden, die Folge nur die, daß der Verkäufer eine entsprechende Hinausschiebung der Lieferfrist fordern kann, und auch wenn jene Voraussetzung erst gegen das Ende der Abruffrist eintritt, kann im allgemeinen die Lieferung nicht ganz oder teilweise verweigert, sondern nur ihre Erstreckung auf die Zeit nach Ablauf der Frist verlangt werden. Selbst bei Zuwarten mit den Abrufen über die Abrufzeit hinaus erlischt im allgemeinen das Recht des Käufers nur dann, wenn es gegen Treu und Glauben ausgeübt wird (vgl. Staub-Könige, Anm. 71 im Exk. vor § 373 HGB.). Andres gilt

dann, wenn die Einzelabrufe an bestimmte kalendermäßige Fristen gebunden oder sonst nach dem Inhalt des Vertrages mit größter Pünktlichkeit vorzunehmen waren oder wenn überhaupt die Abrufpflicht als eine Hauptverbindlichkeit des Käufers erscheint (vgl. Staub-Könige, Anm. 5 im Exk. zu § 359, Anm. 168 im Exk. zu § 374). Im gegebenen Falle war nach der Abschlußbestätigung die Beklagte, wenn die Abnahme nicht pünktlich an den festgesetzten Terminen erfolgte, zur Streichung des nicht abgenommenen Restes berechtigt. Diese Bestimmung führt zunächst dahin, daß das, was bis zum 30. Juni nicht abgerufen war, weiterhin nicht mehr geliefert zu werden brauchte. Aber auch dann, wenn die Klägerin erst gegen das Ende der Abruffrist mit unangemessen großen Abrufen kam, deren Ausführung bis zum 30. Juni der Beklagten nicht zugemutet werden konnte, führt jene Bestimmung bei einer den Zeitverhältnissen Rechnung tragenden Auslegung dahin, daß die Beklagte die Lieferung verweigern kann, soweit sie infolge des verspäteten Abrufs bis zum 30. Juni nicht mehr bewirkt zu werden brauchte. Die Klägerin behauptet selbst nicht, daß die Beklagte die entsprechenden Vorräte auf Lager gehabt habe. Dies war der Beklagten auch nicht anzusinnen; sie handelte vielmehr kaufmännisch richtig, wenn sie sich nur ihrerseits durch Abschlüsse auf Abruf derart eingedeckt hatte, daß bei sachgemäßer Ausübung des Abrufrechts durch die Klägerin die jeweilige Bereitstellung der Ware möglich war. Die Klägerin kann offenbar selbst nicht ernstlich bestreiten, daß die Beklagte, als sie sich auf den Abruf vom 3. Juni hin ihrerseits an ihren Lieferanten, das Syndikat Deutscher Sodafabriken, wandte, die von der Klägerin abgeforderte Menge nur zum dritten Teile geliefert erhielt. Hiermit mußte eben die Klägerin rechnen, zumal solche Syndikate kraft ihrer Monopolstellung Lieferungsverträge auf Abruf in Waren, mit denen gegenwärtig haushälterisch umgegangen werden muß, seit Kriegsbeginn häufig nur freibleibend abschließen. Unter diesen Umständen konnte die Lieferung der streitigen zwei Ladungen von der Beklagten bis zum 30. Juni 1915 nicht mehr verlangt werden, und für die Zeit darüber hinaus konnte sie von dem vertragmäßigen Rechte der Lieferungsverweigerung überhaupt Gebrauch machen. Es ist auch nicht anzuerkennen, daß sie dabei irgendwie gegen Treu und Glauben gehandelt hätte; nach ihrer Angabe hätte sie in der Zeit nach dem 30. Juni die Ware nur zu einem Preise einkaufen können, der ihr im Verhältnis zur Klägerin einen Verlust von 374 ℳ — gegenüber einem Gewinn von nur 26 ℳ bei ordnunggemäßer Abwicklung — aufgebürdet hätte. Zu dieser Eindeckung, zu der sie nur die unsachgemäße Abrufweise der Klägerin genötigt hätte, hatte sie keine Verpflichtung, dafern sie sich bei richtiger Einteilung seitens der Klägerin durch Rückschlüsse üblicher Art gesichert hatte.

Wenn die Beklagte sich bei früheren Abschlüssen nicht ängstlich an die Lieferzeiten gehalten hat, so lag dies wahrscheinlich daran, daß sie früher selbst bei der Beschaffung der Ware keine Schwierigkeiten gehabt hat. Sie begab sich damit noch nicht ihrer Vertragsrechte für künftige Abschlüsse. Daß sie die

Ware der Klägerin einfach hätte zurollen sollen, konnte nicht verlangt werden. Dazu hatte sie nach dem Sinn solcher Abrufverträge nicht einmal ein Recht, sie hätte vielmehr solchenfalls mit der Zurückweisung der Ware rechnen müssen. Sie konnte und mußte abwarten, bis die Klägerin von dem Recht des Abrufs Gebrauch gemacht hatte. Eine Mahnung hierzu war überflüssig; die Klägerin mußte sich selbst sagen, daß sie bei unangemessenen Abrufen Beanstandungen erfahren konnte."

Urteil des OLG. zu Dresden (4. Sen.) v. 21. März 1916. Spitz.-Appr. Pl. w. B. 4 O. 21/16. F—ch.

---

118. Auch bei der Abrede „Kasse gegen Dokumente" hat der Käufer unter Umständen ein Recht zur vorherigen Prüfung der Ware.

Vgl. 32 Nr. 317; 48 Nr. 281; 49 Nr. 210. 211; 64 Nr. 126; 66 Nr. 28. BGB. §§ 433 Abs. 2, 242. 271. 157.

— — — Als die Klägerin den Beklagten zur Bezahlung der 350 Dutzend Normalhemden aufforderte, waren diese seitens des klägerischen Lieferanten auf Order der Klägerin mit der Bahn bereits an W. & C. in Hamburg gesendet und konnten dort jederzeit besichtigt werden. Dann aber konnte das an sich jedem Käufer zustehende Recht auf vorgängige Prüfung der Ware vor deren Bezahlung nicht dadurch mehr hinfällig gemacht werden, daß der Verkäufer trotzdem auf der Klausel „Kassa gegen Duplikatfrachtbrief" bestand. Es kommen hier diejenigen auf Treu und Glauben im Verkehr fußenden Erwägungen im Betracht, von welchen eine ständige Rechtsprechung (vgl. z. B. RGEntsch. 31, 107, in SeuffA. 49 Nr. 111) bei Behandlung der bekannten Abrede „Kasse oder Akzept gegen Verladungsdokumente" ausgeht. Der Verkäufer, welcher dem Käufer das Konnossement übergeben und sich dadurch der Verfügung über die Ware begeben hat, hat ein gerechtes Interesse daran, daß er schon gegen Übergabe des Konnossements den Kaufpreis erhält, auch wenn der Käufer, der ja die Beschaffenheit der noch schwimmenden Ware nicht prüfen kann, dadurch möglicherweise in Ungelegenheit versetzt wird. Die Geltendmachung dieser Abrede aber wird zur Schikane, wenn die Ware am Bestimmungsort angelangt ist und dort ohne Schwierigkeit untersucht werden kann, es tritt deshalb dann wieder die Befugnis des Käufers zur vorgängigen Prüfung der Ware in Wirksamkeit (vgl. die angef. Entscheidung).

Analog liegt der Fall hier. Wenn gemäß § 455 HGB. bahnseitig ein Duplikatfrachtbrief ausgestellt und dieser vom Absender dem Empfänger übergeben ist, so mag der Verkäufer, namentlich bei langer Dauer des Bahntransports in Kriegszeiten, ein gerechtes Interesse daran haben, den Kaufpreis ausbezahlt zu erhalten, sobald er durch Übergabe des Duplikatfrachtbriefs an den Käufer sich des freien Verfügungsrechts über das Frachtgut begeben hat; es hat deshalb die Ausbedingung der Klausel „Kasse gegen Duplikat-

frachtbrief" auch im binnenländischen Versandgeschäft ihren guten Sinn. Aber die Ausübung dieser Klausel wird auch hier zur Schikane, sobald die Ware am Bestimmungsort eingetroffen ist und dort untersucht werden kann; deshalb hat auch hier von diesem Zeitpunkt an der Verkäufer nicht mehr die Befugnis, dem Käufer eine vorgängige Prüfung der Ware vor Bezahlung des Kaufpreises abzuschneiden (so auch Düringer und Hachenburg HGB.[2] 3, 68 Anm. 3). — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 7. Febr. 1917. H. H. & Co. w. Ph. v. H. Bf. I. 237/16. Nö.

---

119. Bedeutung der Klausel „waggonfrei X"; Inhalt der vom Verkäufer übernommenen Versendungspflicht.

Vgl. 32 Nr. 335; 68 Nr. 148; 69 Nr. 96.
BGB. §§ 447. 448. 157; HGB. § 346.

Der Streit der Parteien dreht sich in erster Linie um die Auslegung der vereinbarten Klausel „waggonfrei Hamburg". Es handelt sich um einen Kaufvertrag. Beide Parteien sind in Hamburg ansässig. Wie der Inhalt des Vertrages zeigt, insbesondere die Abrede „Kasse gegen Duplikatfrachtbrief", sollte die Ware, worüber auch Einverständnis herrscht, nach außerhalb versendet werden.

Nach § 448 BGB. hat mangels besonderer Abmachung der Käufer die Kosten der Versendung zu tragen. Die Klausel „waggonfrei Hamburg" bedeutet daher nichts andres, als daß hier der Kläger als Verkäufer die Kosten zu tragen haben sollte, die bis zur Einladung in den Eisenbahnwagen entstehen. Die fragliche Klausel regelt also lediglich die Kostenfrage und berührt nicht die übrigen aus dem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen;

vgl. Staub[9] Anm. 31 zum Exk. zu § 372 S. 444; Goldmann HGB. 3, 1387, Anm. 82 zu § 346; HansGerZ. Hauptbl. 1908 Nr. 22 S. 36; 1916 Nr. 111 S. 204.

Demnach sagt die Klausel „waggonfrei Hamburg" nichts darüber, wer die Versendung selbst vorzunehmen, insbesondere wer für die Gestellung des Wagens Sorge zu tragen hat.

Aus dem Gesetz ergibt sich nicht ohne weiteres, daß der Verkäufer die Ware nach dem Bestimmungsort zu senden verpflichtet sei. Aus § 447 BGB. kann dies jedenfalls nicht gefolgert werden (Staub Anm. 28 zum Exk. zu § 382 S. 995). Es besteht aber seit alters ein allgemein anerkannter Handelsbrauch solchen Inhalts. Im vorliegenden Fall kann auch dem Vertrage selbst entnommen werden, daß die Parteien durch die schon erwähnte Abrede „Kasse gegen Duplikatfrachtbrief" einen dahingehenden Willen zu erkennbarem Ausdruck gebracht haben.

Hatte sonach im vorliegenden Fall der Kläger die Verpflichtung der Versendung der Ware, so hatte er damit doch lediglich ein Geschäft des Beklagten

als des Käufers zu führen. Daraus ergibt sich aber weiter, daß der Beklagte die Abnahme und die Zahlung des Kaufpreises nicht schon deshalb verweigern durfte, weil der Kläger außerstande war, die Versendung zu bewirken (RG. in HansGerZ. Hauptbl. 1916 Nr. 47 S. 88. 89). Anderseits kann aus der Übernahme der Versendungspflicht durch den Verkäufer nicht mehr gefolgert werden, als daß er gehalten ist, die Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorzunehmen, insbesondere die mit dem Transport zu betrauende Person auszuwählen und sich die Gestellung des Transportmittels angelegen sein zu lassen. Wenn daher im besonderen Falle die Beschaffung von Eisenbahnwagen auf ungewöhnliche Schwierigkeiten stößt, so kann dem an sich versendungspflichtigen Verkäufer nicht angesonnen werden, ungewöhnliche Anstrengungen zu machen, sich ungewöhnlicher, nach dem Vertrage nicht vorgesehener Transportmittel oder Transportwege zu bedienen (Staub a. a. O.). Auf diesem Standpunkte hat bereits das Reichsoberhandelsgericht bei aus Anlaß des Deutsch-Französischen Krieges eingetretenem Wagenmangel gestanden;

vgl. Puchelt HGB.[2] 2, 209ff. Anm. 6 und 8a Abs. 3 zu Art. 344 a. H. und die dort angeführten Erkenntnisse.

Allerdings beruhte diese Rechtsprechung auf dem Art. 344 alten HGB., einer Vorschrift, die aber laut Denkschrift zum jetzigen HGB. lediglich als jetzt selbstverständlich gestrichen worden ist.

Im vorliegenden Falle herrscht unter den Parteien kein Streit und ist auch gerichtsbekannt, daß um die hier in Frage kommende Zeit infolge des Krieges erheblicher Wagenmangel bestand. Daß der Kläger vergeblich versucht hat, Wagen zur Versendung der verkauften Ware zu beschaffen, zeigt der beigebrachte Briefwechsel und ist von dem Beklagten nicht bestritten worden. Nachdem der Kläger die Erfolglosigkeit seiner Versuche dem Beklagten angezeigt, mußte dieser nunmehr seinerseits entweder für die Beschaffung der Wagen oder, wenn ihm dies nicht möglich war, sonstwie für die Übernahme der Ware, etwa durch Einlagerung am Erfüllungsorte Hamburg, Sorge tragen. Keinesfalls aber durfte er, wie oben dargelegt, die Abnahme der Ware überhaupt ablehnen. Er befand sich daher im Verzuge, als der Kläger ihm durch Schreiben v. 15. März 1915 eine Nachfrist gemäß § 326 BGB. zur Bewirkung der Abnahme bis zum 22. März setzte. Die Frist war angemessen, die Angemessenheit ist auch nicht bestritten worden.

Das Verlangen des Klägers auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung mußte mithin für berechtigt erachtet werden. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 14. Dez. 1916. F. (Kl.) w. G. & M. Bf. III. 450/15. B.

---

120. Zum Begriff der erheblichen Gesundheitsgefährdung nach § 544 BGB.

Vgl. 60 Nr. 5 m. N.; 62 Nr. 37; 71 Nr. 229.
BGB. § 544.

Die Klägerinnen hatten durch Vertrag v. 11. Aug. 1913 vom Beklagten in dessen Hause A.-Allee 17 zu W. eine Wohnung auf die Zeit vom 1. Okt. 1913 bis 30. Sept. 1916 gemietet. Sie nahmen das Recht der vorzeitigen fristlosen Aufkündigung des Vertrags für sich in Anspruch, weil die Wohnung feucht und fußkalt sei, in ihr auch starker Modergeruch herrsche und die Gesundheit der Bewohner hierdurch erheblich gefährdet werde. In erster Linie beantragten sie zu erkennen, daß der Vertrag sofort zu Ende gehe. — In 2. Instanz wurde unter Aufhebung des klagabweisenden Urteils des Landgerichts diesem Antrage entsprochen und als Tag, an dem der Vertrag durch die Kündigung der Klägerinnen sein Ende erreicht habe, der 4. Juli 1914, der Tag der Klagezustellung festgesetzt. Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht stellt fest, daß in einem der über der Torfahrt liegenden Zimmer der Mietwohnung an der Pappe unter dem Linoleumbelag des Fußbodens infolge eines Fehlers beim Legen feuchte Stellen und Schimmelbildungen vorhanden waren, die einen durchdringenden modrigen, sich auch den übrigen Zimmern mitteilenden Geruch ausströmten. Auf Grund des herbeigezogenen ärztlichen Gutachtens wird für bewiesen erachtet, daß derartige Gerüche nicht nur unangenehm empfunden werden, sondern auch den normalen Verlauf der Verdauungsfähigkeit bei Menschen beeinträchtigen und die Kräfte und Widerstandsfähigkeit des Körpers herabmindern können, insbesondere bei Frauenspersonen, bei denen sie Übelkeit, Erbrechen rc. herbeizuführen vermöchten. Bei diesem Sachverhalt sieht der Ber.-Richter die Voraussetzungen des Kündigungsrechts aus § 544 BGB. für gegeben an. Er verkennt zwar nicht, daß der Mangel verhältnismäßig leicht zu beseitigen war, mißt jedoch diesem Umstand keine Bedeutung bei, weil die erst durch eine mühsame Beweisaufnahme geklärte Ursache des Geruchs für die Klägerinnen von vornherein nicht erkennbar gewesen sei und diesen nicht die Verpflichtung obgelegen habe, mit Hülfe von Sachverständigen der Ursache und den Mitteln zur Beseitigung des Mangels nachzuforschen.

Die Revision bezeichnet diese Ausführungen als widerspruchvoll und macht geltend, die vom Ber.-Gericht festgestellte Möglichkeit der leichten Behebung des Mangels schließe die Annahme aus, daß die Benutzung der Wohnung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit i. S. von § 544 BGB. verbunden gewesen sei. Der Angriff ist nicht begründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Feststellungen des Ber.-Gerichts im Hinblick auf das dabei verwertete ärztliche Gutachten dahin zu verstehen sind, daß in der Regel nur bei längerem Bestehen eines Übelstandes der vorliegenden Art eine Ge-

sundheitsschädigung zu befürchten sei. Bei einer solchen Sachlage fehlt es allerdings dann, wenn der Mangel leicht und in verhältnismäßig kurzer Zeit zu beseitigen ist, an einem wesentlichen Begriffserfordernis der erheblichen Gesundheitsgefährdung, welche die Wahrscheinlichkeit einer nachhaltigen Beeinträchtigung der Gesundheit voraussetzt;

RGEntsch. 51, 210, in SeuffA. 58 Nr. 73; Warn. Rsp. 1911 Nr. 323; JW. 1912, 288[9].

Allein mit Recht sieht der Ber.-Richter dies hier nicht für durchgreifend an. Nach der von ihm getroffenen Feststellung war die Ursache des Modergeruchs in dem mit der Klagerhebung zusammenfallenden Zeitpunkt der Kündigung nicht mit ausreichender Sicherheit zu erkennen, sondern sie konnte nur durch zeitraubende Nachforschungen Sachverständiger ermittelt werden. Solange aber nicht die Ursache des Übelstandes erforscht, insbesondere festgestellt war, ob der Fäulnisgeruch etwa auf dem Vorhandensein von Feuchtigkeit im Gebäude beruhe, konnte der Mangel nicht mit Aussicht auf Erfolg bekämpft werden. Bei einer derartigen Gestaltung des Falls kann die Frage, ob der Mangel leicht und verhältnismäßig schnell zu beseitigen sei, nicht vom Standpunkt eines Beurteilers, der die von den Sachverständigen ermittelten Tatsachen kennt, sondern nur unter Zugrundelegung des Sachstandes beantwortet werden, der zur Zeit der Ausübung des Kündigungsrechts bekannt war. Die Lage des Mieters im Zeitpunkt der Kündigung ist in dem gekennzeichneten Fall trotz der vorhandenen objektiven Möglichkeit, dem Mangel leicht und rasch abzuhelfen, die gleiche wie da, wo zwar der Grund des Mangels und die Mittel zu seiner Bekämpfung feststehen, dessen Beseitigung aber mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichem Zeitaufwand verbunden oder unmöglich ist. Der Schutz, welchen der § 544 dem Mieter gegen die Gefahren aus der Benutzung gesundheitswidriger Räume angedeihen lassen will, würde vereitelt werden, wenn die Besorgnis der Gesundheitsgefährdung lediglich nach der objektiven Beschaffenheit der Mieträume und ohne Rücksicht auf den Zeitraum beurteilt würde, den die Ermittlung der Ursache des gefahrbringenden Mangels und die hiervon abhängige Ergründung der Mittel und Wege zur Abhülfe erfordert. Nach dem Dargelegten kann den Klägerinnen auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn sie vor der Kündigung nicht der Ursache des Übelstandes mit Hülfe von Sachverständigen nachgingen. Es kann unerörtert bleiben, ob dem Mieter, der von dem Rechtsbehelf des § 544 Gebrauch machen will — wie das Ber.-Gericht anzunehmen scheint — eine solche Nachforschungspflicht in keinem Falle obliege. Jedenfalls kann den Klägerinnen bei den Schwierigkeiten und dem Zeitaufwand, die nach den Ausführungen des Ber.-Richters mit der Ermittlung des Sachverhalts verknüpft waren, die Erforschung nicht angesonnen werden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. März 1916. M. (Bkl.) w. Sch. (OLG. Frankfurt a. M.). III. 408/15. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 40 S. 168.



121. Über das Vorliegen eines Betriebsunfalls entscheiden nach § 1543 RVersO. die Versicherungsinstanzen.

Vgl. 50 Nr. 201; 54 Nr. 49. 175; 62 Nr. 161.
RVersO. § 1543.

Am 14. April 1911 war der im Geschäftsbetriebe eines Lohnfuhrwerksunternehmens in Hamburg beschäftigte Kutscher B. durch einen Kraftwagen des Beklagten überfahren worden. Seine Verletzung hatte eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit um 50% zur Folge. Durch Entscheidung des Schiedsgerichts der Arbeiterversicherung in Hamburg v. 22. Febr. 1912, bestätigt durch Urteil des Reichsversicherungsamts v. 30. Okt. 1912, war die Entschädigungspflicht der Fuhrwerks-Berufsgenossenschaft dem Verletzten gegenüber festgestellt und diese verurteilt worden, an Br. eine Rente zu zahlen und die Kosten des Heilverfahrens zu tragen. Die Berufsgenossenschaft verlangte nun von dem Beklagten die Erstattung eines an Br. gezahlten Betrages sowie die Feststellung, daß die Beklagten verpflichtet seien, ihr auch die ihr aus dem Unfall entstehenden weiteren Aufwendungen zu erstatten, soweit diese nicht den dem Verletzten aus seinem Unfall gegen den Beklagten auf Grund des KraftfahrzGesetzes zustehenden Anspruch überstiegen. — Dem Antrag wurde in allen Instanzen entsprochen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Zunächst muß geprüft werden, ob für die Frage des Vorliegens eines Betriebsunfalls ausschließlich die im vorliegenden Fall ergangene Entscheidung des Reichsversicherungsamts v. 30. Okt. 1912 maßgebend ist, wie die Klägerin geltend gemacht hat.

Das Ber.-Gericht hat in dieser Hinsicht unter Bezugnahme auf RGEntsch. 39, 109; 55, 385 und SeuffA. 54 Nr. 175 den Standpunkt vertreten, daß bei der Entscheidung über einen auf Grund des § 140 GewUnfVG. geltend gemachten Anspruch die ordentlichen Gerichte selbständig darüber zu befinden haben, ob die Berufsgenossenschaft zur Gewährung der dem Verunglückten zu zahlenden Rente rechtlich verpflichtet sei, ob also ein Betriebsunfall des Verletzten, d. h. eine Beschädigung desselben in einem der betreffenden Berufsgenossenschaft angehörigen Gewerbebetriebe vorliege. Diese Auffassung entspricht in der Tat der Rechtsprechung des Reichsgerichts, an der auch für das bis zum Inkrafttreten der ReichsVersO. geltende Recht unbedenklich festzuhalten ist.

Dagegen bedarf es noch einer Prüfung der von den Instanzgerichten nicht erörterten Frage, ob dadurch, daß die RVersO. auf Grund des Art. 4 der VO. v. 5. Juli 1914 (RGBl. 439) seit dem 1. Jan. 1914 in vollem Umfange in Kraft getreten ist, die Rechtslage sich geändert habe. Mit dem Inkrafttreten der RVersO., also seit dem 1. Januar 1914, haben nämlich auch die Vorschriften der §§ 1542. 1543 RVersO. Geltung erlangt. Die erstere Vorschrift ist ganz allgemein an die Stelle derjenigen Vorschriften der früheren

ReichsVersichGesetze (§ 140 Abs. 2 GewUnfVG.; § 57 Abs. 4 KrVersG.; § 54 InvVersG.) getreten, die den Übergang von Ansprüchen der Versicherten auf diejenigen Organe vorsehen, von denen sie wegen ihrer Versicherungsansprüche befriedigt werden;

vgl. amtl. Begründung zu den §§ 1525. 1526 Entw. der RVersO. 470, Drucks. des Reichst. Nr. 340, 12. LegPer. II. Session 1909/10.

Jene Vorschrift hat also auch den § 140 GewUnfVG. ersetzt, auf welchen der Klaganspruch in erster Linie gestützt ist. Im Anschluß an den § 1542 bestimmt nun der § 1543 RVersO. wörtlich:

Hat ein ordentliches Gericht über solche Ansprüche (§ 1542) zu erkennen, so ist es an die Entscheidung gebunden, die in einem Verfahren nach diesem Gesetze darüber ergeht, ob und in welchem Umfange der Versicherungsträger verpflichtet ist. Für die Aussetzung des Verfahrens vor dem ordentlichen Gerichte gilt entsprechend § 901 Abs. 2.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß nach dieser Vorschrift — im Gegensatz zu dem nach der vorerwähnten Rechtsprechung des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten der RVersO. geltenden Rechtszustande — die Gerichte unter der Herrschaft der §§ 1542. 1543 RVersO. an die Entscheidung der Versicherungsinstanzen darüber gebunden sind, ob ein Betriebsunfall vorliegt, und ob demnach und in welchem Umfange die Berufsgenossenschaft zur Entrichtung einer Unfallrente an den Verletzten verpflichtet ist.

Aber schon der Wortlaut des Gesetzes läßt klar erkennen, daß es im vorliegenden Falle nicht zur Anwendung kommen kann, so daß es auch keines Eingehens auf die Frage bedarf, welche Natur die Vorschrift des § 1543 habe und ob sie an und für sich auch auf solche Ansprüche Platz greifen könnte, die bereits vor dem Inkrafttreten der RVersO. entstanden sind. Denn die Gerichte sind nach § 1543 nur an solche Entscheidungen der Versicherungsinstanzen gebunden, die in einem durch die Vorschriften der ReichsVersOrdnung (‚dieses Gesetzes‘) geregelten Verfahren ergangen sind. Im vorliegenden Fall ist aber die Entscheidung des RVersAmts, durch welche die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung der dem Verletzten Br. zu gewährenden Beträge endgültig festgesetzt worden, bereits am 30. Okt. 1912 erlassen, also zu einer Zeit, in welcher weder die Vorschriften des 3., die Unfallversicherung regelnden Buches der RVersO., noch diejenigen des 5. und 6. Buches bereits in Kraft getreten waren (Art. 3 und 4 VO. v. 5. Juli 1912). Danach liegt also eine ‚in einem Verfahren nach der RVersO. ergangene Entscheidung‘ hier überhaupt nicht vor, so daß schon aus diesem Grunde die Vorschrift des § 1543 nicht Platz greifen kann. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 28. Febr. 1916. R. (Bkl.) w. Fuhrw.-BG. Berlin (OLG. Hamburg). VI. 455/15. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 34[1] S. 140.

---

122. Schädigung durch arglistige Verleitung zu einer unentgeltlichen Zuwendung.

BGB. §§ 826. 516.

Die Klägerin, eine geborene St., hatte sich am 5. Sept. 1909 mit dem Weinhändler Jakob K. verheiratet, der bis Ende 1907 bei dem Beklagten Weinreisender gewesen war und, nachdem er sich selbständig gemacht, Wein und Kellergeräte von ihm bezogen hatte. Sie brachte eine von ihrem Vater und ihren Brüdern ihr gegebene Mitgift von 25000 ℳ in die Ehe ein. Die Eheleute K. lebten im gesetzlichen Güterstand. Die Klägerin verließ ihren Mann am 12. Febr. 1910 und erhob Scheidungsklage. Die Ehe wurde durch Urteil v. 12. Okt. 1911 rechtskräftig aus beiderseitigem Verschulden geschieden. Am 15. März 1911 wurde über das Vermögen des Jakob K. das Konk.-Verfahren eröffnet; die Einbringensforderung der Klägerin ging verloren. Die Klägerin erhob eigenen Namens und in den abgetretenen Rechten ihres Vaters und ihrer Brüder Schadenersatzklage aus §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB. gegen den Beklagten auf Zahlung von 25000 ℳ mit folgender Begründung. Nach der Verlobung hätten ihre Brüder von K. Aufschluß über seine Vermögensverhältnisse, insbesondere verlangt, daß er sich von dem Beklagten frei mache. K. habe seine Schulden bei dem Beklagten mit 15851 ℳ 33 ₰ angegeben und im August 1909 eine schriftliche Bestätigung des Beklagten hierüber vorgelegt. Der Beklagte selbst, den die Angehörigen der Klägerin um genaue Auskunft ersuchten, habe erklärt, daß er von K. nicht mehr als diesen Betrag zu fordern habe. Die Angaben des Beklagten, dem K. eine viel höhere Summe schuldete, seien wissentlich unwahr gewesen und zur Täuschung der Klägerin und ihrer Familie gemacht worden, damit K. eine Frau mit größerer Mitgift bekomme und davon seine Schulden bei dem Beklagten bezahle, dies sei auch mit Mitteln der Mitgift unmittelbar nach der Hochzeit geschehen. Klägerin würde den K. nicht geheiratet und von ihrem Vater und ihren Brüdern die Mitgift nicht erhalten haben, wenn sie nicht von dem Beklagten getäuscht worden wären. — Das Landgericht wies die Schadenersatzklage der Klägerin ab. In 2. Instanz wurde der Klaganspruch, soweit er in den Rechten des Vaters und der Brüder St. erhoben wurde, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Während das Landgericht die Klage abgewiesen hat, weil es eine Vermögensbeschädigung der Klägerin oder ihrer Angehörigen verneinte, hat das Ber.-Gericht der Klage in der angegebenen Beschränkung auf Grund des § 826 BGB. stattgegeben. — — —

Die wesentliche Rüge der Revision richtet sich gegen die Annahme des Ber.-Gerichts, daß das Vermögen der St.s beschädigt worden sei. Bei der gegebenen Sachlage sei der Satz des Ber.-Gerichts unzutreffend, daß jede Vermögensaufwendung ohne Erwerb eines entsprechenden Gegenwertes das Vermögen des Aufwendenden schädige. Die Aufwendungen hätten hier

überhaupt keinen Gegenwert erstrebt. Die St.s hätten freiwillig und ohne Entgelt der Klägerin eine Mitgift gewährt, der Vater, indem er eine gesetzliche, die Brüder, indem sie eine sittliche Pflicht erfüllten. Dadurch schon hätten sie ihr Vermögen verloren und hätten durch die späteren Wirkungen nicht mehr beeinträchtigt werden können. Der Zweck einer gesicherten Ehe sei erreicht gewesen. — — —

Der Revision ist zuzugeben, daß der von ihr bekämpfte Satz in dem Ver.-Urteil hier keine Anwendung leidet, weil die Besteller der Mitgift keinen Gegenwert — in der buchstäblichen Bedeutung dieses Wortes — erstrebt haben. Der Satz greift im allgemeinen nur bei Verträgen Platz, bei denen der entgeltlichen Leistung des einen Teils eine entgeltliche Leistung des andern Teils gegenübersteht. Einen solchen Vertrag haben die Angehörigen der Braut oder diese selbst mit K. nicht abgeschlossen. Daran ändert der Umstand nichts, daß in den Kreisen, zu denen die Beteiligten gehören, die geldliche und geschäftliche Seite einer Heirat eine bedeutsame Rolle spielt. Die Besteller der Mitgift wollten damit, soweit für den Vater keine Rechtspflicht bestand, freiwillig der Braut eine unentgeltliche Zuwendung machen, die im Geschäft des Ehemannes verwendet und dazu dienen sollte, ihr eine Versorgung und sichere Zukunft zu schaffen. Durch eine unentgeltliche, nicht belastete Zuwendung wird an sich das Vermögen des Schenkgebers verringert; § 826 BGB. erfordert jedoch, daß der Ersatzpflichtige dem Ersatzberechtigten Schaden zufügt, d. h. die adäquate Ursache seines Schadens setzt. Wer aus eigenem freiem Willen Vermögensstücke ohne Entgelt hergibt, erleidet zwar eine Vermögenskürzung, aber keinen Schaden i. S. des § 826; ihm wird auch kein Schaden zugefügt. Sein Wille ist jedoch nicht mehr frei, wenn er durch Irrtum beeinflußt und hervorgerufen ist; dann handelt er nicht, wie er in Wahrheit gewollt hat; sein Vermögen wird, soweit er es aus Irrtum opfert, wider seinen wirklichen Willen vermindert. Von einem Schaden im Rechtssinn wird man ferner dann nicht sprechen können, wenn der Schenkgeber die unentgeltliche Zuwendung zu einem bestimmten Zweck macht und der Zweck erreicht wird, so, wie er ihn erstrebt hat; seiner Leistung entspricht dann in gewissem Sinne die Gegenleistung, die er im Auge gehabt und gewollt hat. Er wird aber i. S. des § 826 geschädigt, wenn er über den beabsichtigten Zweck getäuscht wird, in der Täuschung befangen zu der Freigebigkeit sich bestimmen läßt, die er ohne die Täuschung nicht gemacht hätte, und wenn der von ihm mit der Freigebigkeit verfolgte Zweck nicht erreicht wird. So liegt der Fall hier.

Vater und Brüder St. wollten die Mitgift nur hergeben, wenn der Bräutigam von dem Beklagten loskomme und nach Tilgung seiner Schuld ein namhaftes Betriebskapital behalte. Die St.s, denen K. schon vorher seine Vermögensverhältnisse wahrheitwidrig geschildert hatte, wollten ihre Tochter und Schwester unter keinen Umständen einem Manne zur Frau geben, der sie fortgesetzt täuschte und belog, daher weder in kaufmännischer noch in sitt-

licher Hinsicht das Vertrauen verdiente, das sie für das Wohlergehen des Mädchens und für ihre eigenen persönlichen und die in Aussicht genommenen geschäftlichen Beziehungen zu dem künftigen Schwager als unerläßlich betrachteten. Mindestens in dem Sinne, daß der Ehegatte im Verhältnis zu seiner Frau und ihrer engsten Familie ein verläßlicher Mensch und Geschäftsmann sei, haben sie der Klägerin eine gesicherte Ehe verschaffen, daher nur dann, wenn die schließlichen Angaben des K. über seine Vermögensverhältnisse und seine Schulden bei dem Beklagten genau der Wahrheit entsprachen, die Genehmigung zur Heirat, ohne welche die Klägerin die Ehe nicht eingegangen wäre, erteilen und die Mitgift ausfolgen wollen. Durch seine arglistige Irreführung hat der Beklagte die St.s bestimmt, die Mitgift dem K., der sie in das Geschäft stecken sollte, zu behändigen; die St.s haben nicht freiwillig, sondern in dem von dem Beklagten unterhaltenen und geförderten Irrtum das Geld hergegeben. Der Zweck, den sie mit der Mitgift verfolgt haben, der Klägerin eine gesicherte Ehe in dem oben bezeichneten Sinn zu verschaffen, ist nicht erreicht worden. Das traurige Schicksal der Ehe hat, wie anzunehmen ist, seinen letzten Grund darin, daß die Frau des K. und ihre nächsten Angehörigen nach dem, was vorgegangen war, jedes Vertrauen in seine persönliche und geschäftliche Verlässigkeit verloren hatten und damit die Unterlage für ein gedeihliches Zusammenleben zerstört war. Unbedenklich hat hiernach der Beklagte den St.s eine Vermögensbeschädigung zugefügt.

Mit Recht sieht das Ber.-Gericht in dem Verhalten des Beklagten eine sittlich verwerfliche Handlungsweise. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 25. Sept. 1916. Fr. (Bkl.) w. K (OLG. Nürnberg). VI. 130/16. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 100 S. 407.

---

123. Eingetr. Genossenschaft; Erfordernis der Beitrittserklärung neben dem Erwerb eines Geschäftsanteils.

Vgl. 39 Nr. 185 m. N.; 60 Nr. 60 m. N.;
GenG. § 15.

Über das Vermögen der L.er Handelsbank, eingetr. Genossenschaft m. b. H., war am 24. Okt. 1914 das Konk.-Verfahren eröffnet und der Beklagte zum Konk.-Verwalter bestellt worden. Seine gemäß § 106 GenG. aufgestellte Vorschußberechnung wurde von mehreren darin belasteten Mitgliedern angefochten. Sie bestritten, überhaupt Mitglieder der Genossenschaft geworden zu sein, wenngleich sie in die Liste der Genossen eingetragen worden wären, weil die von ihnen zur Erlangung der Mitgliedschaft durch Abtretung erworbenen Geschäftsanteile ungültig gewesen seien. Der Beklagte machte dagegen geltend, daß die Kläger durch unbedingte Beitrittserklärungen und die auf Grund der Erklärungen und deren Einreichung bewirkte Eintragung

in die Genossenliste Mitglieder geworden seien. — Die Klage wurde abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Landgericht hat die Klagen auf Grund der Erwägung abgewiesen, daß die Mitgliedschaft der Genossenschaft nach der Anmeldung des Statuts durch schriftliche, persönlich vollzogene unbedingte Beitrittserklärung, deren Einreichung durch den Vorstand in das Registergericht und Eintragung in die Liste erworben werde (§ 15 GenG.) und diese Voraussetzungen bei den Klägern vorlägen. — — — Durch die Eintragung in die Liste der Genossen solle gerade eine Gewähr dafür, daß alle eingetragenen Personen auch wirklich Genossen seien und als solche hafteten, und eine sichere Grundlage für die Kreditwürdigkeit der Genossenschaft geschaffen werden.

Diese Erwägungen können keinem begründeten Einwande begegnen. Was die Kläger dagegen vorbringen, beruht auf einer Verkennung der rechtlichen Natur der Beitrittserklärung als einer auch für die Gläubiger der Genossenschaft bestimmten verpflichtenden Willenserklärung und der rechtschaffenden Bedeutung der Eintragung des Genossen und seiner Geschäftsanteile in die öffentliche Genossenliste durch das Gericht, sowie darauf, daß die Kläger, indem sie dem unmittelbaren (originären) Erwerbe der Mitgliedschaft nach § 15 GenG. einen abgeleiteten Erwerb i. S. des § 76 gegenüberstellen, ganz übersehen, daß die letztere Vorschrift, die in dem vom Ausscheiden einzelner Genossen handelnden Abschnitt des Gesetzes ihren Platz hat, nicht einen andern Weg der Erwerbung der Mitgliedschaft eröffnen will, sondern nur besagt, daß die Übertragung des Geschäftsguthabens an einen Nichtgenossen nur statthaft ist, sofern dieser Genosse wird, d. h. die Mitgliedschaft nach den Bestimmungen des Gesetzes, also wiederum nach § 15 erwirbt. Auch in diesem Fall erwirbt der zum Zweck, nicht infolge des Erwerbes eines Geschäftsguthabens des bisherigen Genossen neu eintretende Genosse nicht dessen Mitgliedschaft, sondern eben sein Geschäftsguthaben (Parisius-Crüger GenG. Anm. 5 und 12 zu § 76). Den Klägern entgeht hierbei auch der Unterschied, der zwischen dem auf einem Vertrage zwischen der Genossenschaft und dem sich zur Aufnahme meldenden Mitgliede beruhenden Beitritt und dem Vertragsverhältnis zwischen dem alten und dem neuen Genossen, das die Übertragung des Geschäftsguthabens zum Gegenstand hat, zu machen ist. Beide Verträge sind vollständig auseinanderzuhalten; der Annahme der Kläger, daß der Beitrittsvertrag durch das Abtretungsgeschäft und dessen Gültigkeit bedingt sei, steht die ausdrückliche und zwingende Vorschrift des § 15 entgegen, wonach die Beitrittserklärung die Abhängigmachung von einer Bedingung überhaupt nicht verträgt. Tatsächlich haben denn auch die Kläger bedingunglose Beitrittserklärungen abgegeben; und diese haben in Verbindung mit der Eintragung in die Genossenliste ihre Mitgliedschaft begründet, die einwandfrei und namentlich frei von den Mängeln ist, welche etwa der Mitgliedschaft derjenigen Genossen anhafteten, die ihnen ihre Geschäftsanteile übertrugen. Welche rechtlichen

Folgen diese Mängel etwa im Verhältnisse zwischen den Klägern und den Genossen, von denen sie Geschäftsguthaben sich haben übertragen lassen, auszulösen geeignet seien, kann hier unerörtert bleiben; es braucht auch über die etwaige Mangelhaftigkeit der Geschäftsanteile der Rechtsvorgänger kein Beweis erhoben zu werden. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 15. Mai 1916. 5 O. 147/15.
F—ch.

---

124. Haftung der Reederei für Reisegepäck der Fahrgäste.

HGB. § 673.

Der Kläger fuhr mit seiner Ehefrau im Juni 1914 auf dem der Beklagten gehörigen Dampfer „Hohenstaufen" von Madeira nach Lissabon. Ein ihm gehöriger Kabinenkoffer, der beim Ausbooten nicht unter seiner Aufsicht verblieb, sondern mit dem übrigen Gepäck befördert wurde, war hierbei ins Wasser gefallen und nebst seinem Inhalt durchnäßt worden. Der Kläger verlangte Schadenersatz. Die Beklagte zahlte, ohne Anerkennung einer Verpflichtung hierzu, 100 ℳ und beantragte im übrigen Abweisung der Klage, unter Bestreitung des Klaganspruchs nach Grund und Höhe. — Der Klaganspruch wurde dem Grunde nach für berechtigt erklärt; die Berufung wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach § 673 Abs. 2 HGB. gelten, wenn das Reisegut von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommen ist, für den Fall seines Verlustes oder seiner Beschädigung die Vorschriften der §§ 606—610.

Der Fall der Übernahme des Reiseguts liegt vor. Gleichviel ob der Kabinenkoffer des Klägers, wie dieser angibt, ihm für die Ausbootung wider seinen Willen abgenommen oder aber, wie die Beklagte behauptet, weil dies üblich und der Zollvorschriften wegen nötig sei, im Gepäckboot an Land gebracht worden ist, immer ist er, wenn auch nur für kurze Zeit und für einen kleinen Teil des Transports, durch dazu befugte Organe des Verfrachters entgegengenommen worden. Die Beklagte haftet also nach § 606 für den durch Beschädigung des Koffers in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung entstandenen Schaden, es sei denn, daß die Beschädigung auf Umständen beruhte, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters nicht abgewendet werden konnten. Diesen Entlastungsbeweis hat sie nicht angetreten.

Mit Unrecht meint sie, sich von den Folgen einer Beschädigung des Koffers freigezeichnet zu haben. Zwar ist ihr beizutreten, soweit sie ausführt, daß der Kläger an ihre Überfahrtsbedingungen gebunden sei, auch wenn ihm nicht eine auf sie Bezug nehmende Fahrkarte ausgehändigt worden ist; denn wer überseeische Dampfer regelmäßiger Schiffahrtslinien benutzt, weiß, daß diese nur unter gewissen allgemeinen Überfahrtsbedingungen die Beförderung aus-

führen, und er unterwirft sich diesen Bedingungen, indem er den Beförderungsantrag stellt. Aber inhaltlich deckt der von der Beklagten in Bezug genommene Absatz der Bedingungen „Haftung der Gesellschaften" nicht den vorliegenden Fall. Es heißt daselbst:

Die Hamburg-Südamerikanische-Dampfschiffahrts-Gesellschaft und die Hamburg-Amerika-Linie haften nur für Beschädigung von Raumgepäck, wenn ihnen das Verschulden daran nachgewiesen werden kann, und auch nur bis zum Höchstbetrage von 100 ℳ für das Gepäckstück. — — — Für Kammergepäck, Handgepäck und für alle Gegenstände, welche die Fahrgäste auf der Reise in Gebrauch oder Gewahrsam behalten, übernehmen die Gesellschaften keine Verantwortung. — — —

Raumgepäck liegt unstreitig nicht vor, sondern Kammergepäck. Und wollte man den auf dieses bezüglichen Teil der Klausel wörtlich nehmen, so würde die Beklagte allerdings für eine Beschädigung des Kabinenkoffers unter keinen Umständen haften. Aber § 133 BGB. führt zu einer andern Auslegung der Klausel. Die unterschiedliche Behandlung des Kammergepäcks beruht darauf, daß es sich während der Beförderung nicht im Gewahrsam des Verfrachters befindet, sondern in der Kabine, also in einem Raum, den einerseits der Passagier selbst zu überwachen in der Lage ist, zu dem aber anderseits auch dritte Personen mehr oder weniger unbeschränkten Zutritt zu haben pflegen. Für solches Gepäck will der Verfrachter nicht verantwortlich sein, weil er nicht die Möglichkeit besitzt, es zu verschließen oder zu überwachen. Dieser Grund fällt weg, sofern und solange der Verfrachter das Gepäck — wie oben dargelegt — „übernommen" hat. Für die Dauer dieses Zustandes den Verfrachter in Gemäßheit obiger Klausel gleichfalls für freigezeichnet zu erachten, hieße an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften und einer Auslegung zum Siege verhelfen, die auch von dem Verfasser der Klausel kaum gewollt sein kann. Zweifel über die Tragweite der Freizeichnung sind jedenfalls zu Lasten des Verfassers, der sich deutlicher hätte ausdrücken können.

Somit ist der Ersatzanspruch des Klägers begründet. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 21. Febr. 1917. Fr. (Kl.) w. Hamb.-Am.-Linie. Bf. I. 266/16. B.

II. Verfahren.

125. Streitwert bei einer Klage auf Herausgabe von Aktien nebst Dividendenscheinen und dem Bezugsrecht auf neue Aktien.

ZPO. §§ 3. 4; BGB. §§ 99. 101 Nr. 2.

Der Kläger beantragte, die Beklagte gegen Zahlung von 79000 ℳ zur Herausgabe von 106 Aktien der G. Akt.-Gesellschaft nebst Dividendenscheinen und dem Bezugsrecht auf 106 neue Aktien derselben Gesellschaft, hülfsweise zur Herausgabe von 106 neuen Aktien dieser Gesellschaft Zug um Zug gegen

Zahlung von weiteren 31800 M zu verurteilen. Das Landgericht setzte den Wert des Streitgegenstandes auf 40840 M fest. Die vom klägerischen Prozeßbevollmächtigten im eigenen Namen (§ 12 GebO. für RA.) eingelegte Beschwerde hatte Erfolg. Aus den Gründen:

„Die 106 alten Aktien, deren Herausgabe verlangt wird, hatten zur Zeit des Kaufs nach Angabe des Klägers einen Kurs von 250%, der Wert betrug also, da der Nennbetrag der Aktie 300 M ist, 79500 M.

Die beantragte Herausgabe der Dividendenscheine kommt bei der Festsetzung des Streitwerts nicht in Betracht, da Dividenden die rechtliche Natur von Früchten und Nutzungen haben und der Anspruch auf Herausgabe der Dividendenscheine im vorliegenden Falle als Nebenforderung geltend gemacht ist;

ZPO. § 4; BGB. § 101 Nr. 2; Planck BGB.[4] Bem. 3 zu § 99; Oertmann Allg. Teil des BGB.[2] Bem. 4b zu § 99; JW. 1893, 535[1]; Gruchots Beitr. 52, 1095.

Dagegen ist das Bezugsrecht auf neue Aktien nicht als Frucht oder Nutzung des Aktienrechts zu erachten;

ebenso Planck a. a. O.; a. A. ohne überzeugende Begründung F. Affolter Das Fruchtrecht 146. 219 in Fischers Abh. zum Privatr. und Zivilprozeß 21 Heft 1;

denn es ist kein bestimmunggemäßer, regelmäßig wiederkehrender Ertrag der Aktie; es entsteht auch nicht aus der Aktie selbst, zu seiner Entstehung haben andere Momente mitzuwirken (Erhöhung des Grundkapitals, Beschluß der Generalversammlung). (So mit Recht das Urteil des Kammergerichts v. 12. Mai 1911 in OLGRspr. 24, 140.) Der Wert dieses Rechts ist unter Zugrundelegung der Angaben des Klägers nach freiem Ermessen festzusetzen. Die neuen Aktien hatten um jene Zeit nach Behauptung des Klägers ebenfalls einen Kurs von 250% und wurden nach Angabe der Klage zum Nennwert ausgegeben. Der Wert des Bezugsrechts beträgt also 79500 weniger 31800 = 47700 M (Rittmann Der Wert des Streitgegenstandes[3] § 154 Nr. 1). Der Umstand, daß die Gegenleistung des Klägers 79000 M (Kaufpreis) betrug und daß er sich zur Zahlung dieser Gegenleistung schon in der Klage bereit erklärte, hat bei der Festsetzung des Streitwerts außer Betracht zu bleiben (Rittmann § 70 und die dort erwähnten Entscheidungen). Der Streitwert war hiernach unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses auf 79500 und 47700 = 127200 M festzusetzen.

Der Anwalt des Klägers hat allerdings nur Erhöhung des Streitwerts auf 120340 M beantragt; an diese Anschauung des Beschwerdeführers ist aber das Beschwerdegericht nicht gebunden (GKG. § 16 Abs. 1 Satz 2; RGEntsch. 71, 321)."

Beschluß des OLG. München (1. Sen.) v. 24. Januar 1917. D. w. T. Beschw.-Reg. 26/17. F—z.

---

126. Voraussetzungen des besonderen Gerichtsstands und der Zulässigkeit der Widerklage.* — Kann gegen die Klage aus einem Garantievertrage ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden?**

*Vgl. 64 Nr. 201 m. N.; 70 Nr. 47. — (**Vgl. 55 Nr. 136; 71 Nr. 39. 82.)
ZPO. §§ 33. 322; — BGB. §§ 273. 322.

Vom klagenden Verein wurde im Jahre 1914 die Internat. Ausstellung für Buchgewerbe und Graphik, Leipzig 1914, veranstaltet. Der Beklagte übernahm dem Kläger gegenüber bis zur Höhe von 4000 M Garantie für den Fall, daß sich infolge der Vorbereitung, Durchführung oder Liquidation dieser Ausstellung ein Fehlbetrag ergebe. Der Kläger forderte mit der Behauptung, daß sich ein Fehlbetrag ergeben habe, zu dessen Deckung die Garantiezeichnungen voll in Anspruch genommen werden müßten, vom Beklagten die Bezahlung von 4000 M samt Zinsen. Der Beklagte machte u. a. Gegenforderungen aus Pachtverträgen geltend, die er mit dem Kläger über eine Schankwirtschaft auf dem Ausstellungsgelände abgeschlossen hatte. Wegen eines Teils dieser Gegenforderungen erhob er im Betrage von 4000 M Widerklage. — In 1. Instanz wurde der Beklagte zur Klage verurteilt und mit seiner Widerklage abgewiesen. Seine Berufung zur Widerklage wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Voraussetzung nicht bloß des besonderen Gerichtsstands, sondern auch der Zulässigkeit der Widerklage ist der rechtliche Zusammenhang des Anspruchs der Widerklage mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen diesen vorgebrachten Verteidigungsmitteln. Das ist die herrschende, durch die Entstehungsgeschichte des § 33 ZPO. gerechtfertigte Annahme, an der das Reichsgericht (RGEntsch. 11, 423, in SeuffA. 40 Nr. 55; 23, 397, in SeuffA. 45 Nr. 127; WarneyerRspr. 1908 Nr. 550; 1913 Nr. 454), ungeachtet der dagegen in der vom Beklagten angezogenen Entscheidung (RGEntsch. 46, 424, in SeuffA. 56 Nr. 61) angeregten Zweifel, und auch das Oberlandesgericht (Annalen 7, 381; 29, 467), mit Ausnahme der ebenfalls vom Beklagten angeführten Entscheidung (Annalen 13, 246), in ständiger Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der Rechtslehre festgehalten haben und an der auch der erkennende Senat festhält.

Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Klaganspruch und dem Anspruch der Widerklage besteht, wenn beide Ansprüche entweder Ausflüsse desselben Rechtsverhältnisses sind, oder wenn sie sich gegenseitig bedingen (RG. in GruchotsBeitr. 42, 1187 und in Warneyer Rspr. 1913 Nr. 454). Ersteres liegt nicht vor; der Garantieübernahmevertrag, der der Klage zugrunde liegt, und die zwischen den Parteien abgeschlossenen Pachtverträge sowie die angebliche Schadenzufügung durch unerlaubte Handlung, worauf die Widerklage gestützt wird, haben Rechtsverhältnisse verschiedener Art erzeugt. Zwischen den Ansprüchen der Klage und der Widerklage besteht auch kein bedingungs-

weises Verhältnis; die Entscheidung über den einen ist nicht abhängig von der Entscheidung über den anderen.

Dagegen würde der Zusammenhang der Widerklage mit einem gegen die Klage vorgebrachten Verteidigungsmittel gegeben sein, wenn der Beklagte rechtlich zulässigerweise (RGEntsch. 23, 398, in SeuffA. 45 Nr. 127) die mit der Klage geforderte Leistung zurückbehalten dürfte. Der Begründung des Landgerichts, mit der es die Zurückbehaltung für unzulässig erklärt, ist jedoch beizutreten und dabei noch auf folgendes hinzuweisen.

Der Garantievertrag ist ein einseitiger Vertrag und verpflichtet lediglich den Garantieübernehmer, nicht den Garantieempfänger;

vgl. Stammler in ArchZivPrax. 69, 49. 120. 121; Enneccerus BR. [2], 1, 764. 765 § 823 unter III, 5.

Ein Zurückbehaltungsrecht aus § 322 Abs. 1 BGB. ist also schon begrifflich ausgeschlossen. In Frage könnte nur kommen, ob für den Beklagten ein selbständiger Anspruch begründet sei, der ihn zur Zurückbehaltung nach § 273 Abs. 1 BGB. berechtigte. Zur Begründung des Zurückbehaltungsrechts aus dieser gesetzlichen Vorschrift genügt zwar nach Befinden der Ursprung der beiderseitigen Ansprüche aus Rechtsgeschäften, zwischen denen ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang vorhanden ist (vgl. RGEntsch. 78, 336 und 72, 103 sowie die S. 104 angegebene Entscheidung); es mag auch ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Klaganspruch und den Ansprüchen des Beklagten aus den Pachtverträgen bestehen. Gleichwohl ist § 273 Abs. 1 BGB. nicht anwendbar, weil ‚aus dem Schuldverhältnisse sich ein andres ergibt'. Das liegt im Zweck des Garantievertrags begründet. — — Der Zweck der vom Kläger mit den Garantieübernehmern abgeschlossenen Verträge: dem Ausstellungsunternehmer die notwendige und sichere Grundlage in den Forderungen an die Garantieübernehmer zu geben und diesen das Risiko des Unternehmens völlig und schlechthin aufzuerlegen (vgl. Stammler 3ff., 50. 120ff., 135ff.; Enneccerus 765 unter 7), würde durch die Gewährung des vom Beklagten beanspruchten Zurückbehaltungsrechts vereitelt werden. Das vom Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht, weil der Kläger die Pachtverträge nicht erfüllt hat und bis er sie erfüllt, ist deshalb dem Beklagten auch ohne Beantwortung der Frage zu versagen, ob es überhaupt gegenüber der Tatsache noch beachtet werden könnte, daß dem Kläger die Erfüllung der mit dem Beklagten abgeschlossenen Pachtverträge sachlich unmöglich geworden ist. Daran ändert auch der Versuch des Beklagten nichts, einen besonderen Zusammenhang zwischen dem Klaganspruch und den widerklagend geltend gemachten Gegenansprüchen durch die Behauptung herzustellen, vom Kläger sei denen, die seine Pächter hätten werden wollen, zu verstehen gegeben worden, daß sie Aussicht auf das Zustandekommen von Pachtverträgen nur hätten, wenn sie zum Garantiefonds zeichneten. Denn daraus folgt bloß, daß der Kläger — verständiger- und verständlicherweise — seine

Pächter aus der Zahl derer auswählen zu wollen erklärt hat, die sich ihm als Garantieübernehmer dazu empfahlen, nicht aber, daß er zwischen den fertigen Garantieübernahme- und den noch abzuschließenden Pachtverträgen einen Zusammenhang habe herstellen wollen, der es den Garantieübernehmern gestattete, ihm die Geltendmachung seiner Rechte aus den Garantieverträgen deren Zwecke zuwider zu verschränken.

Der Beklagte ist jetzt der Meinung, daß der Zusammenhang der Widerklage mit einem gegen die Klage vorgebrachten Verteidigungsmittel auf Grund einer von ihm erklärten Aufrechnung gegeben sei. Das wäre zutreffend, wenn er wirklich aufgerechnet hätte. Das ist jedoch nicht geschehen. — — — Die Widerklage ist demgemäß unzulässig und mit Recht abgewiesen worden."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 20. März 1916. K. w. Int. Ausst. f. B. 5 O. 173/15. — e —

---

127. Klagänderung; es entscheidet die Klagebegründung in der Klage.

Vgl. 60 Nr. 200; 71 Nr. 70.
ZPO. §§ 264. 253.

Die Klägerin war Inhaberin eines das Datum vom 24. Okt. 1911 tragenden Wechsels über 6000 ℳ, der acht Tage nach Sicht zahlbar sein sollte. Der Wechsel war akzeptiert von dem Rittmeister a. D. Kl., früher in B. Als Ausstellerin und Indossantin war auf ihm die am 23. Aug. 1913 gestorbene Frau M. von L., die vor ihrem Tode mit Kl. zusammengelebt hatte, genannt. Die Klägerin war lange Jahre hindurch in der Familie Kl. bedienstet. Nach ihrer Behauptung hat sie den Wechsel für Darlehen erhalten, die sie aus ihren Ersparnissen dem Rittmeister Kl. und der Frau von L. gewährt hat. Im Februar 1914 ließ sie den Wechsel gegen den Akzeptanten protestieren. Sodann erhob sie gegen den Verwalter des Nachlasses der Frau von L. im Wechselprozeß Klage auf Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen, Protestkosten und Provision. Im 1. Verhandlungstermin nahm sie vom Wechselprozeß Abstand. — Das Landgericht gab der Klage statt. Die Behauptung des verklagten Nachlaßverwalters, daß die Unterschriften der Frau von L. auf dem Wechsel gefälscht seien, erachtete es für widerlegt. Auf die Berufung des Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage ab. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht spricht sich über die Echtheit der Unterschriften der Ausstellerin und Indossantin des Wechsels nicht aus. Es hält den Wechselanspruch für hinfällig, weil den besonderen Vorschriften, die nach Art. 19. 20 WO. für Nachsichtwechsel gelten, nicht genügt ist. Insoweit ist eine Revisionsbeschwerde nicht erhoben. Die Revision wendet sich aber gegen die weitere Annahme des Ber.-Gerichts, daß die Berufung der Klägerin auf

ihre Darlehnsforderung eine unzulässige Klagänderung enthalte und daß deshalb auf diesen Anspruch im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht einzugehen sei. Der Angriff ist begründet.

Die Klägerin hat schon in der Klageschrift die Tatsachen dargelegt, die den Anspruch auf Zahlung der geforderten 6000 ℳ auch unter dem Gesichtspunkte der Darlehnshingabe rechtfertigten. Diese Darlegung war zur Begründung der Wechselklage nicht erforderlich, hatte vielmehr erkennbar den Zweck, die geltend gemachte Forderung als eine solche in den Prozeß einzuführen, die der Klägerin auch nach dem materiellen Rechtsverhältnisse, das dem Wechselvertrage zugrunde lag, zustand. Das genügte aber, um auch den Darlehnsanspruch rechtshängig zu machen. Wenn das Ber.-Gericht Gewicht darauf legt, daß die Klage mit aller Deutlichkeit im Wechselprozeß und als Wechselklage erhoben sei, so ist aus diesem Umstande nichts zu folgern, weil die Klägerin es jederzeit in der Hand hatte, vom Wechselprozeß Abstand zu nehmen und weil der Darlehnsanspruch rechtshängig werden konnte, auch wenn er sich für die zunächst gewählte Prozeßart nicht eignete. Ebenso ist es gleichgültig, ob in der 1. Instanz der Darlehnsanspruch besonders erörtert worden ist. Entscheidend für die Frage, ob der Anspruch rechtshängig wurde, ist der Inhalt der Klageschrift. Auch der von dem Ber.-Gericht hervorgehobenen Tatsache, daß die Klägerin Protestkosten und Provision gefordert hat, ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen; das war nur eine natürliche Folge der Geltendmachung auch des Wechselanspruchs.

Hiernach war das Urteil wegen Verletzung des § 529 Abs. 2 ZPO. aufzuheben und die Sache an das Ber.-Gericht zurückzuverweisen."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 23. Febr. 1917. Sch. (Kl.) w. Nachlaß von L. (OLG. Karlsruhe). II. 148/15.

---

128. Zustellung des Urteils im Ehescheidungsverfahren von Amts wegen.

Vgl. 54 Nr. 66.
ZPO. § 625; BGB. § 1574.

Die im Parteibetriebe erfolgte Zustellung des Ber.-Urteils kann als eine gültige Urteilszustellung nicht angesehen werden, deshalb erweist sich die Einlegung der Revision gegen dieses Urteil nach § 625 ZPO. als wirkungslos.

Auf Klage des Ehemannes hat die 1. Instanz auf Scheidung der Ehe erkannt und die Ehefrau für den schuldigen Teil erklärt. Gegen diese Entscheidung hat die verklagte Ehefrau Berufung eingelegt mit dem Antrage, dieselbe aufzuheben und den Kläger für mitschuldig an der Scheidung zu erklären. Auf die Berufung ist in 2. Instanz das 1. Urteil insoweit, als die Beklagte allein für schuldig erklärt worden ist, aufgehoben und auf einen Eid des Klägers

erkannt worden, bei dessen Leistung die Beklagte für allein schuldig, bei dessen Verweigerung dagegen der Kläger für mitschuldig erklärt werden soll. Das Ber.-Urteil hat mithin ausschließlich die Schuldfrage zum Gegenstande und läßt den bedingunglosen Scheidungsausspruch der 1. Instanz völlig unberührt.

Unter diesen Umständen aber konnte im Hinblick auf die Vorschrift im § 625 ZPO., durch welche verhütet werden soll, daß der Bestand der Ehe nach dem Belieben der Parteien in der Schwebe bleibe, die Zustellung des Ber.-Urteils nicht den Parteien überlassen werden, sondern mußte von Amts wegen geschehen. Denn wenn auch die Berufung der Beklagten nur die Schuldfrage betraf und im Ber.-Urteil auch nur über diese, und zwar bedingt erkannt worden ist, so wurde doch durch die Einlegung der Berufung der Scheidungsausspruch der 1. Instanz seinem vollen Umfange nach bis zur rechtskräftigen Austragung der Sache an der Beschreitung der Rechtskraft gehindert (RGEntsch. 58, 307; 64, 315), und es würde, wenn die Zustellung des Ber.-Urteils den Parteien überlassen bliebe, ein Erfolg erreicht, der durch § 625 ZPO. gerade verhütet werden soll, insofern es alsdann dem Belieben der Parteien überlassen bliebe, einen in bedingungloser Form vorliegenden Scheidungsausspruch der Rechtskraft zuzuführen oder an der Beschreitung der Rechtskraft auf unbegrenzte Zeit zu verhindern. Im Hinblick auf den im § 1574 BGB. zum Ausdruck gelangten Grundsatz der Einheitlichkeit und Untrennbarkeit des Scheidungs- und des Schuldausspruchs besteht zwischen den beiden Urteilen der 1. und der 2. Instanz trotz der Verschiedenheit ihres Inhalts und Gegenstands ein solcher innerer Zusammenhang, der es notwendig erscheinen läßt, die Zustellungsfrage nicht ausschließlich vom Standpunkt des Ber.-Urteils aus ohne Rücksicht auf die erstinstanzliche Entscheidung zu beurteilen, sondern beide Urteile in ihrem Zusammenwirken für den zu erreichenden gemeinschaftlichen Endzweck, die Lösung der Scheidungs- und der Schuldfrage, in Betracht zu ziehen. So angesehen liegt aber der Fall wesentlich nicht anders, als wenn in einem und demselben Urteil über die Scheidung der Ehe unbedingt und über die Schuldfrage bedingt entschieden worden wäre. Ob eine solche Entscheidung für zulässig zu erachten ist, ist hier nicht zu erörtern. Jedenfalls kann nicht bezweifelt werden, daß sie, wenn sie ergeht, von Amts wegen und nicht im Parteibetriebe zuzustellen ist, eben weil sie, und zwar unbedingt, auf Scheidung der Ehe lautet und mithin einen endgültigen Scheidungsausspruch enthält.

Die in RGEntsch. 48, 423 abgedruckte Entscheidung der vereinigten Zivilsenate betrifft einen wesentlich anders gearteten Fall, nämlich den Fall, wenn in einem Urteil die Entscheidung der Schuldfrage von einem Eide abhängig gemacht, gleichzeitig aber auch der an sich bedingunglose Scheidungsausspruch als von der Leistung oder Nichtleistung des Eides bedingt hingestellt und so zum Ausdruck gebracht wird, daß noch nicht in diesem Urteil selbst, sondern erst

in dem künftig zu erwartenden, die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides zum Ausdruck bringenden Schlußurteil der endgültige Ausspruch auf Scheidung der Ehe zugleich mit der Entscheidung über die Schuldfrage erfolgen werde. Im jetzt vorliegenden Fall ist ein künftiger, bedingungloser Ausspruch auf Scheidung der Ehe nicht mehr zu erwarten, er liegt vielmehr in der insoweit von dem Ber.-Urteil garnicht berührten erstinstanzlichen Entscheidung bereits vor.

Die in JW. 1906, 391[17] abgedruckte Entscheidung des 4. Zivilsenats betrifft einen Fall, der sich von dem vorliegenden schon dadurch erheblich unterscheidet, daß in jenem Fall von der verklagten Seite auf Scheidung und Schuldigerklärung des Gegners Widerklage erhoben und die Widerklage in die Ber.-Instanz gelangt war, während im vorliegenden Fall eine Widerklage nicht erhoben worden ist. Jene Entscheidung ist deshalb hier nicht maßgebend. Übrigens würde sie, soweit sie etwa von den in RGEntsch. 58, 307 vom 4. Senat ausgesprochenen Grundsätzen abweichen sollte, durch die in RGEntsch. 64, 315 veröffentlichte Entscheidung desselben Senats überholt sein, da darin jene Grundsätze gebilligt und erneut zum Ausdruck gebracht worden sind.

Das führte zu der getroffenen Entscheidung. — — —

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 9. März 1917. B. w. B. (OLG. Hamburg). VII. 419/15.

---

129. Kann ein ausländischer Hyp.-Gläubiger in der von einem andern Gläubiger betriebenen Zw.-Versteigerung Versagung des Zuschlags beantragen?

Vkm. v. 8. Juni 1916 § 12 (RGBl. 454); ZVG. § 96.

Gegen den Beschluß des Landgerichts W., durch welchen auf Beschwerde des Hyp.-Gläubigers H. St. in Paris der Zuschlagsbeschluß des Amtsgerichts K. v. 3. Okt. 1916 aufgehoben und der Zuschlag versagt ist, haben die Ersteher, Eheleute G., weitere sofortige Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde erscheint begründet.

Das Landgericht hat den Beschwerdegrund zu Unrecht als begründet anerkannt, der auf Nichtanwendung der in § 12 Vkm. v. 8. Juni 1916 (RGBl. 454) über die Geltendmachung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, erwähnten Befugnis zur Versagung des Zuschlags gestützt ist. Allerdings ist es irrig, wenn in der weiteren Beschwerde von den Erstehern ausgeführt wird, daß der auf § 12 der genannten Verordnung gestützte Antrag auf Versagung des Zuschlags schon deshalb unzulässig gewesen sei, weil der Hyp.-Gläubiger seinen Wohnsitz im Auslande habe und weil § 1 Vkm. v. 7. Aug. 1914 über die Geltendmachung von Ansprüchen von Personen, die im Ausland ihren Wohnsitz haben (RGBl. 360), dem Antrage entgegengestanden

hätte. Denn der Zweck der Verordn. v. 7. Aug. 1914 ist nur der, zu verhüten, daß Auslandsbewohner, die im Auslande durch Moratorien geschützt sind, im Inlande ihre vor dem Kriege entstandenen Forderungen eintreiben und ihre Ansprüche auf diese Weise verwirklichen. Dagegen sollen diese Personen nicht gehindert sein, ihre Ansprüche bloß zu verteidigen oder der gegebenen Schutzmittel zur Erhaltung derselben sich zu bedienen (vgl. RG. in JW. 1915, 1265[10]). Das in § 12 Bkm. v. 8. Juni 1916 dem Hyp.-Gläubiger gewährte Recht, die Versagung des Zuschlages zu beantragen, ist aber lediglich ein Mittel, den Gläubiger vor dem Verlust seines Anspruchs zu bewahren. Eine „Geltendmachung" dieses Anspruchs i. S. der Bkm. v. 7. Aug. 1914 liegt bei solchem Antrage nicht vor. Aber in der Verordn. v. 8. Juni 1916 ist nicht gesagt, daß das Gericht dem Antrage des Hyp.-Gläubigers bei Vorliegen der in § 12 erwähnten Voraussetzungen stattgeben muß; ein solcher Zwang besteht selbst dann nicht, wenn es an der Glaubhaftmachung von seiten des betreibenden Gläubigers, daß ihm die Versagung des Zuschlags einen unverhältnismäßigen Nachteil bringen würde, fehlt. Es heißt nur, daß das Gericht dem Antrage stattgeben „kann"; die Entscheidung ist also von dem gerechten Ermessen des Versteigerungsrichters abhängig. Nun wäre zwar der Umstand, daß auf Antrag des Hyp.-Gläubigers H. St. vom Vollstr.-Gericht schon einmal, am 28. Juli 1916, der Zuschlag auf Grund des § 12 Bkm. v. 8. Juni 1916 versagt und neuer Versteigerungstermin auf den 3. Okt. 1916 bestimmt worden war, kein Hindernis gegen eine nochmalige Versagung des Zuschlags auch nach dieser neuen Versteigerung gewesen. Denn in § 12 Bkm. v. 8. Juni 1916 ist ausdrücklich gesagt, daß die Versagung des Zuschlags mehrfach erfolgen darf. Aber überwiegende Gründe sprechen dafür, den Zuschlagsbeschluß des Amtsgerichts v. 3. Okt. 1916 aufrecht zu erhalten. Die Versteigerung v. 3. Okt. 1916 hatte ganz dasselbe Ergebnis wie die Versteigerung v. 7. Juli 1916, und es ist bei den jetzigen Verhältnissen auf dem Grunstücksmarkt anzunehmen, daß in absehbarer Zeit auch eine abermalige Versteigerung keinen besseren Erfolg haben wird. Anderseits schwebt das Versteigerungsverfahren bereits seit 31. Mai 1915, und die Grundstückseigentümerin ist der N. Landesbank, welche das Verfahren an erster Stelle betreibt und welcher die erste Hypothek zusteht, bereits vom ersten Halbjahre des Jahres 1914 ab die regelmäßigen Zahlungen an Zinsen und Amortisationsraten dieser Hypothek schuldig geblieben. Auf ihren Antrag ist auch bereits zu wiederholten Malen die einstweilige Einstellung des Verfahrens bewilligt worden. Ihre Vermögensverhältnisse sind aber offenbar derartige, daß die rückständigen Forderungen der betreibenden Gläubiger immer mehr anwachsen werden. Bei dieser Sachlage erscheint es durchaus billig, die Versteigerung nicht auf Erwartungen hin, deren Eintritt gänzlich zweifelhaft ist, abermals hinauszuschieben. — — —

Beschluß des OLG. zu Frankfurt a. M. (3. Sen.) v. 23. Nov. 1916. 3 W. 87/16. Cr.

130. Widerruflichkeit der Amtsniederlegung eines Schiedsrichters.
ZPO. § 1033[1].

Durch Spruch des Schiedsgerichts v. 16. Juni 1914 war der Beklagte zur Zahlung von 4429,64 M an den Kläger verurteilt worden. Jn 1. Jnstanz beantragte der Kläger, die Zw.-Vollstreckung für zulässig zu erklären, ev. den Beklagten zur Zahlung von 4429,64 M nebst 4% Zinsen seit 16. Juni 1914 zu verurteilen. Der Beklagte beantragte Abweisung beider Anträge. Das Landgericht hielt den ersten Antrag für unbegründet, weil die Zustellung des Schiedsspruchs erst erfolgt sei, nachdem der Schiedsrichter G. sein Amt am 8. Juli 1914 niedergelegt hatte. Dagegen wurde angenommen, daß der Beklagte dem Kläger zum Schadenersatze verpflichtet sei, weil er den G. zur nachträglichen Niederlegung seines Amtes veranlaßt habe. Auf Berufung des Beklagten wurde die Klage vollständig abgewiesen. Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen. — Gründe:

„Der Antrag des Klägers, über den in der Vorinstanz zu erkennen war, ist darauf gestützt, daß der Beklagte den Schiedsrichter G. zur Niederlegung seines Amtes bestimmt habe in der Absicht, auf diese Weise das Zustandekommen eines wirksamen Schiedsspruchs zu verhindern, und daß er diesen Zweck auch erreicht habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob der geltend gemachte Schadensanspruch aus einem solchen Tatbestand hergeleitet werden könnte, da der Annahme, daß durch die Amtsniederlegung des Schiedsrichters G. das Zustandekommen des Schiedsspruchs verhindert worden sei, nicht beizutreten ist. Das Landgericht hat die Erteilung des Vollstr.-Urteils allerdings abgelehnt und diese Ablehnung damit begründet, daß das Zustandekommen des Schiedsspruchs durch den Rücktritt des G. vereitelt worden sei. Dieses Urteil ist auch schon rechtskräftig. Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich aber nicht auf die Entscheidungsgründe (§ 322 ZPO.), und deshalb ist die auch für den Schadensanspruch erhebliche Frage der Rechtswirksamkeit des Schiedsspruchs jetzt von neuem zu prüfen.

Diese Prüfung führt zu dem Ergebnis, daß die Amtsniederlegung des G. das Wirksamwerden des Schiedsspruchs nicht verhindert hat. Solange G. den Spruch nicht unterschrieb, fehlte diesem allerdings die verbindliche Kraft (§ 1039). G. hat ihn aber unterschrieben, und diese Unterschrift wird dadurch, daß G. in der Zwischenzeit zwischen Beschlußfassung und Unterzeichnung sein Amt niedergelegt hatte, in keiner Weise berührt. Jndem G. den Spruch unterschrieb, widerrief er die Amtsniederlegung. Daß er sich ursprünglich gesträubt hatte und seine Unterschrift erst gab, nachdem er auf die Möglichkeit einer Klage hingewiesen worden war, ändert hieran nichts. Der Standpunkt des Landgerichts, daß G. nach Niederlegung seines Amtes den Schiedsspruch nicht mehr hätte unterschreiben dürfen und daß die trotzdem erteilte Unterschrift unwirksam sei, würde nur dann als richtig anzuerkennen sein, wenn die Amtsniederlegung

unwiderruflich gewesen wäre. Das Gesetz enthält aber keine Bestimmung, aus der ein solcher Schluß gezogen werden könnte, und an sich ist nicht einzusehen, weshalb der zurücktretende Schiedsrichter seinen Rücktritt, solange er nicht von beiden Parteien genehmigt ist, nicht sollte widerrufen können. Dabei kommt insbesondere in Betracht, daß der Rücktritt nicht etwa im freien Belieben des Schiedsrichters steht, daß dieser vielmehr durch Übernahme des Schiedsrichteramtes beiden Teilen zur Erfüllung rechtlich verpflichtet wird (RGEntsch. 59, 252).

Steht hiernach aber fest, daß die zeitweilige Amtsniederlegung des G. das Zustandekommen des Schiedsspruchs nicht verhindert hat, so fällt die Behauptung des Klägers, er sei dadurch geschädigt worden, daß G. sein Amt niedergelegt und daß der Beklagte ihn hierzu bestimmt habe, ohne weiteres zusammen. Den durch Verweigerung des Vollstr.-Urteils entstandenen Schaden hat der Kläger vielmehr sich selbst zuzuschreiben; er ist darauf zurückzuführen, daß Kläger es unterlassen hat, gegen das landgerichtliche Urteil Berufung einzulegen. Über die Frage, ob er sich wegen der ihm angeblich noch zustehenden Restforderung aus dem Bauvertrage nunmehr an die ordentlichen Gerichte wenden kann, ist für jetzt nicht zu entscheiden, zurzeit handelt es sich nur um den Schadensanspruch, und dieser ist, schon weil es an einem ursächlichen Verhalten des Beklagten fehlt, mit Recht zurückgewiesen worden."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 2. Okt. 1916. D. (Kl.) w. R. (OLG. Frankfurt a. M.). VII. 153/16.

I. Bürgerliches Recht.

131. Wer zuläßt, daß jemand wie ein Bevollmächtigter für ihn handelt, erteilt damit stillschweigend Vollmacht.

Vgl. 59 Nr. 109. 177 m. N.
BGB. § 167.

In der Frage, ob der Angestellte der verklagten Kopenhagener Handelsfirma, H., zum Abschluß des streitigen Kaufs bevollmächtigt war, kann dem wohlbegründeten Urteil des Landgerichts lediglich beigetreten werden. Im inneren Verhältnis zwischen der Beklagten und H. war dieser zwar nicht abschlußbevollmächtigt, wie er selbst nicht hat bestreiten können. Aber dadurch, daß die Beklagte seit Anfang März 1914 ihn als ihren alleinigen Vertreter ständig die hiesige Kaffeebörse hat besuchen und dort Abschlüsse von ihm hat machen lassen, hat die Beklagte Dritten gegenüber zu erkennen gegeben, daß er ihr abschlußberechtigter Vertreter sei. Wer es geschehen läßt, daß jemand wie ein Bevollmächtigter für ihn handelt, erteilt dem Handelnden damit stillschweigend Vollmacht; dieser Satz entspricht ständiger Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, der nur gefolgt werden kann (RGEntsch. 43, 190; 50, 76).

Ohne diesen Rechtssatz würde ein geordneter und auf Treu und Glauben aufgebauter Verkehr nicht bestehen können. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, daß insbesondere im Kaffeehandel, in welchem die Preise in ganz kurzen Zeiträumen, sozusagen von Minute zu Minute, schwanken, und in welchem die Termingeschäfte nicht unter 500 Sack abgeschlossen werden, es garnicht denkbar sein würde, Abschlüsse zu machen, die erst von der Genehmigung der Beklagten in Kopenhagen hätten abhängig sein sollen. Daß die Inhaber der Beklagten, die seit langen Jahren hier eine Filiale unterhalten hat, die Art des Kaffeehandels genau kannten, steht außer jedem Zweifel, und ebenso, daß sie wußten, daß H. als ihr hiesiger Vertreter für sie handelte. Es kommt nicht darauf an, daß hier ein Effektivgeschäft vorliegt, während die Vertretung der Beklagten durch H. hauptsächlich dadurch in die Erscheinung trat, daß H. die Terminsbörse besuchte, solange diese — bis zum Kriegsbeginn — noch abgehalten wurde. Denn nachher hat H. auch Effektivgeschäfte selbständig abgeschlossen, und auch dies kann den Inhabern der Beklagten nicht unbekannt gewesen sein. W., der das streitige Geschäft als Makler abgeschlossen hat,

hat denn auch H. für abschlußbevollmächtigt gehalten. Der Abschluß v. 6. Nov. 1914 ist daher für die Beklagte bindend. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 15. Jan. 1917. H. & Co. w. L. P. & Co. Bf. V. 257/16. Nö.

---

132. Nach § 172 BGB. genügt nicht die Vorlegung einer beglaubigten Abschrift der Vollmachtsurkunde.

Vgl. 55 Nr. 196.
BGB. § 172.

Die Beklagte wurde aus einer Bürgschaftserklärung in Anspruch genommen, die ihr Ehemann in ihrem Namen abgegeben hatte. Die Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen; die Revision wurde zurückgewiesen. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach den Feststellungen des Ber.-Gerichts hat die Beklagte unter dem 17. Juni 1912 eine Generalvollmacht ausgestellt, worin sie ihren Ehemann ermächtigt, sie in allen ihren Angelegenheiten zu vertreten. Seine Vertretungsmacht soll sich ohne jede Ausnahme auf alle Rechtsgeschäfte erstrecken, welche von der Beklagten und ihr gegenüber vorgenommen werden können. Er soll auch ermächtigt sein, in ihrem Namen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Die Unterschrift der Beklagten unter der Vollmachtsurkunde ist notariell beglaubigt worden.

Wie das Ber.-Gericht indessen weiter feststellt, hat die Beklagte diese Vollmacht ihres weitergehenden Wortlauts ungeachtet ihrem Ehemann mit der Beschränkung erteilt, daß sie nur bei dem Gründungsvertrag der Kurhaus Schloß P. Gesellsch. m. b. H. zwecks Regulierung von Hypothekenangelegenheiten verwandt werden sollte. Zutreffend nimmt das Ber.-Gericht hiernach an, daß der Ehemann der Beklagten die Bürgschaftserklärung für diese ohne Vollmacht abgegeben habe, und die Beklagte, die die Erklärung auch nicht genehmigt habe, hieraus nicht verpflichtet sei.

Die Klägerin hat demgegenüber den Schutz des § 172 BGB. in Anspruch genommen: bei Abgabe der Bürgschaftserklärung habe der Ehemann der Beklagten die Vollmachtsurkunde v. 17. Juni 1912, die er von der Beklagten unstreitig ausgehändigt erhalten habe, vorgelegt. Der Einwand kann indessen nach den weiteren Feststellungen des Ber.-Gerichts das Klagebegehren nicht stützen. Das Ber.-Gericht hält nämlich für erwiesen, daß die beim Vertragsabschluß vorgelegte Urkunde nicht die Urschrift der Vollmacht, sondern eine — sei es beglaubigte oder nicht beglaubigte — Abschrift gewesen ist. Damit ist den Erfordernissen des § 172 BGB. in der Tat nicht genügt. Nach den Vorschriften der §§ 167. 170—172, über deren Zusammenhang sich bereits die Entscheidung des erkennenden Senats in Entsch. 56, 53 ausspricht, ist, wenn jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche

Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er einen Anderen bevollmächtigt habe, dieser auf Grund der Kundgebung im ersten Falle dem Dritten, im andern Falle jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt. In § 172 wird einer besonderen Mitteilung an den Dritten der Fall gleichgestellt, wenn der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt: die Aushändigung der Urkunde an den Vertreter gilt als eine auf Mitteilung der erteilten Vollmacht an den Dritten gehende Willenserklärung des Vollmachtgebers, und die Vorlegung der dem Vertreter ausgehändigten Urkunde an den Dritten soll diesem die Gewähr bieten, daß eine Bevollmächtigung nach Maßgabe der vorgelegten Urkunde dem als Bevollmächtigter Auftretenden erteilt ist. Es leuchtet ein, daß es hierzu der Urschrift der Vollmachtsurkunde bedarf. Die Abschrift einer solchen kann allenfalls beweisen, daß der Bevollmächtigte einmal Vollmacht erhalten hat, nicht aber, daß er die Vertretungsmacht noch besitzt. Der Bevollmächtigte kann sich, solange er im Besitz der Urschrift der Vollmachtsurkunde ist, davon Abschriften in unbeschränkter Zahl fertigen und beglaubigen lassen; daß er im Besitz der Vertretungsmacht ist, kann nur durch den Besitz derjenigen Urkunde dargetan werden, die er eben vom Vollmachtgeber erhalten hat.

Daran kann auch der von der Revision hervorgehobene Umstand nichts ändern, daß der Ehemann der Beklagten zur Zeit des Vertragschlusses die Urschrift der Vollmacht, wie anscheinend unstreitig, noch besessen und bei dem Vertragschlusse dem Zeugen K., wie dieser bezeugt, die Vollmachtsabschrift mit dem Bemerken vorgezeigt hat, diese Urkunde sei eine notariell beglaubigte Abschrift der ihm von seiner Ehefrau erteilten Vollmacht, sie habe dieselbe Bedeutung wie die Urschrift der Vollmacht. Wie der erkennende Senat bereits in der angeführten Entscheidung ausgeführt hat, muß nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck der Vorschrift die Vollmachtsurkunde (Urschrift) — sinnfällig — zur Hand oder doch vor Augen gestellt werden; es genügt nicht, wenn sie nach Inhalt, Beschaffenheit oder besonderen Kennzeichen genauer bezeichnet, aber nicht vorgelegt, der sinnlichen Wahrnehmung des Dritten nicht unmittelbar zugänglich gemacht wird. Läßt der Dritte, auf die bloße Angabe des angeblich Bevollmächtigten vertrauend, sich mit diesem als Vertreter ein, so handelt er auf seine eigene Gefahr, und zwar gleichermaßen bezüglich des Bestehens der Vertretungsmacht überhaupt wie ihres näheren Umfangs.

Es kann endlich auch nicht etwa, wie die Revision meint, darauf ankommen, daß, wenn die Urschrift der Vollmachtsurkunde v. 17. Juni 1912 vorgelegt worden wäre, hieraus die in Rede stehende Beschränkung der Vertretungsmacht garnicht zu ersehen gewesen wäre, der Wortlaut der Vollmacht vielmehr nur den Glauben an das Bestehen der umfassenden Vertretungsmacht bei der Klägerin oder ihrem Vertreter K. hätte bestärken können. In dieser Hinsicht genügt es, auf die Ausführungen der mehrerwähnten Entscheidung zu verweisen. Der Inhalt der Urkunde ist dem Dritten gegenüber voll wirksam, nur sofern

ihm die Urkunde (Urschrift) vorgelegt ist; ist dies nicht geschehen, so bleibt das Bestehen der Vertretungsmacht eine offene Frage, und der Dritte, der sich solchenfalls auf das Bestehen der Vertretungsmacht verläßt, handelt auf seine Gefahr."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 5. Okt. 1916. R. (Kl.) w. E. VI. 165/16. (KG. Berlin.) Auch in RGEntsch. 88 Nr. 107 S. 430.

---

133. Können sich die Parteien bei der notariellen Beurkundung eines Vertrages durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten vertreten lassen?

Vgl. 70 Nr. 236 m. N.
BGB. § 181.

Der Kläger will den Beklagten für den Schaden verantwortlich machen, der ihm dadurch erwachsen sei, daß durch Verschulden des Beklagten die von diesem als Notar beurkundete Veräußerung eines Teils seines Geschäftsanteils an einer Gesellschaft m. b. H. der rechtlichen Wirkung entbehrt habe, und daß er infolgedessen die vom Erwerber R. in Gegenleistung gezahlten 1000 ℳ auf dessen Klage habe zurückerstatten müssen, auch mit den Kosten eines für ihn zwecklosen Prozesses belastet worden sei. Das Landgericht hat die Abweisung der Schadenersatzansprüche des Klägers damit begründet, daß dem Beklagten allerdings die mangelhafte Verlesung des notariellen Protokolls v. 1. Okt. 1910 zum Verschulden gereiche, daß dieses Verschulden aber für den Schadenserfolg der Unwirksamkeit des Vertrages ohne Bedeutung sei, weil der Vertrag auch wegen der nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts unzulässigen Vertretung der Vertragsparteien vor dem Notar durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten nichtig sei, und der Beklagte, da er im Oktober 1910, nach der damals noch nicht vom Reichsgericht beanstandeten, in Bremen allgemein üblichen Praxis verfahren habe, für diesen Nichtigkeitsgrund nicht einzustehen brauche. — — —

Das Ber.-Gericht steht in der Frage, ob die Vertretung der Vertragsparteien durch den Bürovorsteher des Beklagten bei Errichtung der notariellen Urkunde dem Willen des Gesetzes genügte, auf dem der Auffassung des Landgerichts entgegengesetzten Standpunkt des Klägers, der die Frage bejaht. — — —

Die Entwicklung des bürgerlichen Rechts hat zur Anerkennung einer, auf besonderer gesetzlicher Bestimmung oder auf rechtsgeschäftlicher Erteilung beruhenden Vertretungsmacht geführt, innerhalb deren im Namen des Vertretenen unmittelbar für oder gegen ihn wirkende Willenserklärungen von einem Andern, seinem Vertreter, abgegeben werden können. Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht,. vom Gesetz (§ 166 Abs. 2 BGB.) Vollmacht genannt, verliert nicht dadurch den Charakter einer Vertretung im Willen, daß sie auf ein Rechtsgeschäft mit genau bestimmtem Inhalt beschränkt ist; die zur Vollziehung dieses Geschäfts erforderliche, im Namen des Vertretenen abgege-

bene Erklärung bleibt eine Willensäußerung des Vertreters „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht" (§ 164 BGB.). Die mehreren Beteiligten, unter denen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, können ihre Vertretung einer und derselben Person übertragen, die damit in die Lage kommt, das Rechtsgeschäft als Vertreter der einen Partei mit sich selbst als Vertreter der einen oder mehreren andern Parteien vorzunehmen (§ 181 BGB.). Jede Vollmacht ist im Zweifel — sofern sich nämlich nicht aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis oder aus Erklärungen an die beteiligten Personen ein andres ergibt — jeder Zeit widerruflich (§ 168 BGB.). Die die Erteilung der Vollmacht enthaltende Erklärung des Vollmachtgebers bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft, dem sie dienen soll, bestimmt ist (§ 167 BGB.).

Nach diesen Grundsätzen ist es, zunächst allgemein gesprochen, zweifellos zulässig, daß zwei Parteien, die miteinander einen der notariellen Beurkundung bedürftigen Vertrag schließen wollen, sich formlos über alle Einzelheiten des beabsichtigten Vertragsverhältnisses verständigen und alsdann beide eine dritte Person, etwa einen Angestellten des Notars, mündlich oder schriftlich beauftragen und ermächtigen, vor dem Notar den Austausch der dem Vertragsentwurf entsprechenden Willenserklärungen zu vollziehen. Mit der Ausführung dieses Auftrags durch den bevollmächtigten Vertreter und ihrer gehörigen Beurkundung durch den Notar kommt der beabsichtigte Vertrag zustande.

Ein solcher Fall liegt hier vor, wenigstens der äußeren Erscheinung nach. Daß der Kläger und R. den Entwurf der beiderseitigen Willenserklärungen, durch deren Austausch vor dem Notar der beabsichtigte Vertrag vollzogen werden sollte, bereits am Tage vor dieser Vollziehung, am 30. Sept. 1910, zusammen mit der Vollmacht für den Bürovorsteher des Beklagten, in die Form eines schriftlichen „Vertrages" kleideten, braucht an sich nicht mehr zu bedeuten als eine zweckmäßige oder doch für zweckmäßig gehaltene Vorbereitung und Vereinfachung der Verhandlung vor dem Notar, die im Falle des Vertragschlusses durch einen gemeinschaftlichen Vertreter, dessen Vollmacht oder Auftrag auf die Vollziehung eines Vertrages mit ganz bestimmtem Inhalt beschränkt ist, regelmäßig angebracht sein wird, die aber auch dann nahe liegt und durchaus gebräuchlich ist, wenn Parteien, die selber vor dem Notar erscheinen sollen, schon vorher ganz genau wissen, was sie dort einander erklären wollen. Und die Erklärung des Bürovorstehers P. vor dem Beklagten als Notar, daß er jenen Vertrag, den seine Auftraggeber unterschrieben hätten, für diese hierdurch förmlich abschließe, bringt als seinen ihm vom Kläger und R. eingeräumten Willen genau dasselbe zum Ausdruck, was die Parteien persönlich, doch gewiß mit dem vollen beabsichtigten Erfolge, mit der übereinstimmenden Erklärung, daß sie den dem Notar vorgelegten in die Form eines Vertrages gekleideten Vertragsentwurf „hierdurch förmlich abschließen", als ihren Vertragswillen zu erkennen gegeben hätten.

Nun ist freilich, angesichts der Auffassung, mit der das Landgericht, in Anlehnung an Urteile des Reichsgerichts, die Vertretung der Parteien durch den Bürovorsteher P. für unwirksam erklärt, weil P., nur damit der Formvorschrift Genüge geschehe, den bereits vorher formlos und damit ungültig vollzogenen Vertrag habe notariell beurkunden lassen, anstatt ihn selber vor dem Notar abzuschließen, ohne weiteres zuzugeben, daß durch die Zulassung eines Verfahrens, wie es hier von den Vertragsparteien in Gemeinschaft mit dem Bürovorsteher P. und dem Beklagten, übrigens nach einer allgemeinen Praxis der bremischen Notare geübt ist, der Zweck der Formvorschriften des Gesetzes erheblich beeinträchtigt wird. Mit dem Gebot gerichtlicher oder notarieller Beurkundung eines Vertrages will das Gesetz eine Gewähr dafür geben, daß wichtige rechtliche Verfügungen und Verpflichtungen nicht getroffen und übernommen werden, ohne daß diejenigen, die vor so bedeutsamen Entschließungen stehen, Gelegenheit finden, sich über die Bedeutung ihres Unternehmens völlig klar zu werden; diesen Erfolg erwartet der Gesetzgeber von der förmlichen Verhandlung vor Gericht oder Notar, von der Vorbereitung für einen solchen sich aus dem Alltags- und Geschäftsleben heraushebenden Akt und von dem mit diesem Erfordernis regelmäßig verbundenen Aufschub der endgültigen Entschließung. Aber der Zweck des Gesetzes ist nicht selbst Gesetz geworden. Deshalb würde auch der klare Nachweis, daß in einem bestimmten Falle das persönliche Erscheinen der Parteien vor dem Notar nach Lage der Sache ohne den geringsten Einfluß auf die beurkundeten, höchst wichtigen Entschließungen geblieben sei, was sicherlich sehr häufig der Fall ist, den Bestand des nach der Formvorschrift des Gesetzes abgeschlossenen Vertrages durchaus nicht berühren. Dann kann es auch keinen Unterschied machen, wenn die Parteien, die sich über das, was sie einander leisten wollen, bereits völlig geeinigt haben, von denen keiner mehr zweifelt, daß er sich auf das Zustandekommen des Vertrages sicher verlassen könne, und die vielleicht schon mit Rücksicht auf den bevorstehenden Vertragschluß wichtige wirtschaftliche Maßregeln getroffen haben, das eigentliche Rechtsgeschäft, das vom Tatsachenstandpunkt aus nun wirklich kaum noch mehr als die Erledigung einer Formvorschrift bedeuten mag, nicht persönlich vornehmen, sondern durch einen gemeinsamen Vertreter besorgen lassen, wozu das Gesetz ihnen die Mittel an die Hand gibt.

Daß nun aber im vorliegenden Falle die Vertragsparteien noch weiter gegangen wären, daß sie nicht nur den eigentlichen rechtlichen Vertragschluß in einer Weise, die ihnen jeden Zweifel an der Verwirklichung ihrer Absichten genommen haben mag, vorbereitet hätten, daß sie vielmehr mit dieser Vorbereitung des notariellen Akts schon die wirkliche vertragliche Bindung hätten vollziehen wollen und demnach die Aufgabe ihres Bevollmächtigten nur in einer Anzeige der bereits erfolgten Vertragsvollziehung beim Notar zum Zweck der Verbriefung lediglich dieser Tatsache erblickt, also garnicht die Absicht gehabt hätten, erst durch P. den Vertrag in rechtlich wirksamer Weise schließen

zu lassen, das vermag das Ber.-Gericht nicht zu erkennen und festzustellen. Wenn sie es nicht schon vorher gewußt haben, so sind sie am Büro des Beklagten darüber belehrt worden, daß das von ihnen beabsichtigte Geschäft der notariellen Beurkundung bedürfe. Dieses Erfordernis, das ihnen Weitläufigkeiten und Kosten verursachte, die sie bei dem ganz einfachen Inhalt des beabsichtigten Vertrages gewiß gern vermieden hätten, konnten sie, auch ohne genauere Belehrung über sein rechtliches Wesen, nicht anders als dahin verstehen, daß der Vertrag nur vor dem Notar mit rechtlicher Wirkung abgeschlossen werden könne. Dann besteht aber durchaus kein Grund, daran zu zweifeln, daß sie bei der schriftlichen Niederlegung ihrer Vertragsabsichten in der äußeren Form des „Vertrages" v. 30. September 1910 darüber sehr wohl im klaren gewesen sind, daß damit noch nichts Rechtsgültiges geschaffen sei, daß vielmehr erst der „förmliche Abschluß zu notariellem Protokoll" durch den von ihnen gleichzeitig beauftragten und ausdrücklich bevollmächtigten P. „als Vertreter beider Teile" den Vertrag mit rechtlicher Wirkung zustande bringen werde, gleich als wenn sie selber ihre vertragliche Einigung vor dem Notar erklärten. Ihr damit gegebenes Verständnis für die Rechtslage genügt für die Feststellung, daß die Vollmacht, die sie P. erteilt haben, eine wirkliche Vollmacht im Rechtssinn dieses Wortes war, nämlich die Ermächtigung, in ihrem Namen die ihre Vertragsabsichten verlautbarenden Willenserklärungen abzugeben. Wollte man vom Vollmachtgeber ein tieferes Eindringen in die Bedeutung der Vertretung im Willen verlangen, so würde man den Rechtsbehelf der Vollmacht, mit dem das Gesetz den Rechtsverkehr erleichtern will, wohl für den größten Teil der Fälle, in denen man sich seiner bisher bedient hat, ausschalten. — Daß anderseits auch der Bürovorsteher P. eine ausreichende Vorstellung von der rechtlichen Bedeutung der ihm erteilten Vertretungsmacht gehabt hat, um den Sinn seiner Erklärung, daß „er hierdurch den Vertrag für seine Auftraggeber förmlich abschließe", richtig zu verstehen, kann vollends ohne Bedenken angenommen werden.

Mit der Anerkennung der Gültigkeit der dem Bürovorsteher des Beklagten erteilten Vollmacht und der Rechtswirksamkeit des Handelns des Bevollmächtigten, womit die dem Beklagten vom Landgericht gewährte Entlastung von der Verantwortlichkeit für die Schadensfolgen andrer Mängel des vom Kläger beabsichtigten Veräußerungsgeschäfts hinfällig wird, soll nicht allgemein in Abrede gestellt werden, daß andre Fälle denkbar sind, die, wennschon sie in der äußeren Erscheinung eine große Ähnlichkeit mit dem vorliegenden zeigen, doch so erhebliche Abweichungen in den Vorstellungen und der Willensrichtung der beteiligten Personen erkennen lassen, daß tatsächlich der Abschluß eines nichtigen Vorvertrages festzustellen ist, der für die damit verbundene Bevollmächtigung eines gemeinsamen Vertreters nicht den für eine wirkliche Vollmacht erforderlichen Raum eigener Willensbetätigung des Vertreters übrig läßt und wohl gar nach der wirklichen Absicht der Parteien die Übermittelung

ihres Vertragswillens an den Notar zu einem bloßen Botendienst macht (RG. v. 1. Nov. 1913, LeipzZ. 8, 575), oder daß die Bestellung eines gemeinsamen Bevollmächtigten an sich eine wegen Formmangels unzulässige Bindung im Sinn eines formbedürftigen Vertrages bedeutet, durch die die erteilte Vollmacht nichtig wird (RGEntsch. 79, Nr. 48). Auf diese und andre Möglichkeiten ist hier nicht näher einzugehen.

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (2. Sen.) v. 7. Dez. 1916. A. (Kl.) w. B. Bf. II. 295/15. B.—

---

134. Verjährung des Regreßanspruchs gegen den Wechselaussteller, wenn die Unterbrechung durch vereinbarten Stillstand des Prozesses beendigt ist und der Prozeß nicht rechtzeitig weiter betrieben wird.

Vgl. 43 Nr. 53; 66 Nr. 233; 69 Nr. 50.
BGB. § 211 Abs. 2; ZPO. § 251; WO. Art. 78.

Die Klage stützt sich auf den vom Erblasser der Beklagten am 13. Juni 1914 ausgestellten Wechsel über 1600 ℳ und macht den Regreßanspruch des Inhabers gegen die Erben des Ausstellers geltend. Nach Art. 78 Nr. 1 WO. verjährt dieser Anspruch in drei Monaten; die Verjährung beginnt mit dem Tage des erhobenen Protestes (19. Sept. 1914). Dieser Protest ist bei dem am 14. Sept. 1914 zur Zahlung fällig gewesenen Wechsel rechtzeitig erhoben, da damals die Bkm. des Bundesrats v. 6. Aug. 1914 (RGBl. 357) über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts in Geltung war, durch die die Protestfrist des Art. 41 WO. um 30 Tage verlängert wurde. Es soll auch unterstellt werden, daß der Protest richtig erhoben wurde. Der Geltendmachung des Klaganspruchs ist jedoch mit Recht die Einrede der Verjährung entgegengesetzt worden.

Im Verhandlungstermin v. 9. März 1915 erklärten die Anwälte der Parteien, daß sie mit Rücksicht auf einen andern gegen die Beklagten anhängigen Prozeß keine Anträge stellten. Es soll angenommen werden, daß die Parteivertreter damals, was unter Beweis gestellt ist, das Ruhen des Prozesses vereinbart haben (§ 251 ZPO.). Alsdann geschah in der Richtung gegen die Beklagten nichts mehr, bis auf Antrag ihres Anwalts der Vorsitzende der Zivilkammer am 10. Febr. 1916 (also nach Ablauf der dreimonatigen Verjährungsfrist) neuerlichen Verhandlungstermin bestimmte. Die durch die Klagerhebung erfolgte Unterbrechung der Verjährung endigte gemäß § 211 Abs. 2 BGB. mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien, d. h. also mit dem 9. März 1915. Von da an lief gegen die Erben des am 21. Sept. 1914 verstorbenen Wechselausstellers eine neue dreimonatige Verjährungsfrist (Staub-Stranz WO. Erk. zu Art. 79 Anm. 16. 23), die auch dadurch nicht beseitigt werden konnte, daß der Prozeß durch Vereinbarung der Parteien in Stillstand geriet (Staub-Stranz WO. a. a. O. Anm. 10; Komm. v. RGRäten zum BGB. § 202 Anm. 2, § 211 Anm. 2). In dieser Vereinbarung liegt weder eine Stundung und zwar

schon deshalb nicht, weil es sich um einen bestrittenen Anspruch handelte, noch auch ein Verzicht auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede, da man damals die Verjährung überhaupt nicht im Auge hatte. Ebensowenig ist auch darin, daß die Einrede der Verjährung in 1. Instanz nicht vorgebracht wurde, ein Verzicht auf diese Einrede zu erblicken, hierfür liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Auch eine Arglist ist in dem jetzigen Vorbringen der Verjährung nicht zu finden. Zur Zeit der erwähnten Vereinbarung dachte man nicht an die Verjährung, auch stand es damals noch dahin, ob die Unterbrechung des Verfahrens mehr als drei Monate dauern werde und zudem wäre die Klägerin in der Lage gewesen, einen Ladungsantrag zur Unterbrechung der Verjährung zu stellen, weil gemäß § 225 BGB. die Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht erschwert werden kann (RGEntsch. 73, 394).

Urteil des OLG. München (3. Sen.) v. 15. Febr. 1917. L. w. L.— L. 543/16. F—z.

---

135. Unwirksamkeit der Nachfrist bei vertragwidrigem Abruf.

Vgl. 59 Nr. 219 m. N.
BGB. §§ 326. 284.

Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts v. 10. Nov. 1914 war festgestellt worden, daß die jetzige Klägerin verpflichtet sei, die in der Anlage jenes Urteils aufgeführten Mengen Ledertücher von dem Beklagten abzunehmen. Die Klägerin klagte mit dem Antrage, festzustellen, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, aus jenem Urteil die Abnahme der darin bezeichneten Putztücher zu fordern. — In 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Aus den Gründen:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob die erhobene Klage, was der Beklagte bestreitet, auch als negative Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) zulässig sei. Jedenfalls ist sie als Klage aus § 767 ZPO. schlüssig begründet, denn es ist damit bei dem Prozeßgericht der 1. Instanz eine Einwendung geltend gemacht worden, die den durch das Urteil v. 10. Nov. 1914 festgestellten Anspruch selbst betrifft und auf einen erst nach der Schlußverhandlung entstandenen Grund gestützt wird. Die Fassung des Klagantrags schließt nicht aus, die Klage als Widerspruchsklage nach § 767 ZPO. anzusehen. In der Regel wird zwar bei einer solchen der Antrag dahin lauten, daß die Zw.-Vollstreckung aus dem Urteil für unzulässig erklärt werde; so kann aber im gegenwärtigen Fall der Antrag nicht gestellt werden, weil es sich nicht um ein Leistungs- sondern um ein Feststellungsurteil handelt.

Daß ihre im Urteil v. 10. Nov. 1914 festgestellte Verpflichtung zur Abnahme der Putztücher nachträglich weggefallen sei, leitet die Klägerin daraus her, daß sie unstreitig den Beklagten durch Brief v. 14. Dez. 1914 zur Lieferung der im Urteil bezeichneten Tücher bis Ende 1914 aufgefordert, ihm am 2. Jan. 1915 eine Nachfrist bis zum 10. Jan. 1915 gesetzt hat mit der Erklärung, daß sie,

falls die Lieferung bis dahin unterbleibe, von der Abnahme zurücktreten und Schadenersatz verlangen werde, und ihm schließlich am 12. Jan. 1915 geschrieben hat, daß sie nunmehr von der Abnahme zurücktrete und ihm ihre Schadensrechnungen durch ihren Rechtsanwalt zugehen lassen werde. In Hinblick auf diese Tatsache erklärt auch das Landgericht die Klägerin nach § 326 BGB. für berechtigt, die Abnahme der Tücher zu verweigern, wobei es noch ausführt: die im Schreiben v. 2. Jan. 1915 gesetzte Nachfrist sei zwar zu kurz gewesen, das Schreiben habe aber an Stelle der darin bestimmten Frist eine angemessene Nachfrist in Lauf gesetzt, und diese sei zur Zeit der Klagerhebung verstrichen gewesen oder doch mindestens während des Rechtsstreits abgelaufen.

Das Ber.-Gericht vermag dem nicht beizutreten. Eine Nachfrist kann mit den in § 326 BGB. bestimmten Folgen erst gesetzt werden, wenn der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist, und der Schuldnerverzug wiederum hat Fälligkeit der Schuld und Mahnung zur Voraussetzung (§ 284 BGB.). Bei Kaufverträgen, die auf Abruf geschlossen sind, führt regelmäßig der Abruf des Käufers die Fälligkeit der Lieferung des Verkäufers herbei und enthält zugleich die Mahnung. Aber nicht jeder Abruf ist dazu geeignet, sondern nur ein solcher, der vertragmäßig ist, das Begehren, zu einer früheren Zeit zu liefern als zu der Erfüllungszeit, die sich aus dem Vertrage bei dessen Auslegung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ergibt, ist schon mangels der Fälligkeit unwirksam (vgl. Düringer und Hachenburg HGB.[2] 2, 205).

Der Ende 1910 zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag, auf Grund dessen das Urteil v. 10. Nov. 1914 die Verpflichtung der Klägerin zur Abnahme von 38396 Lederputztüchern ausgesprochen hat, hatte zum Gegenstande 50000 Stück Lederputztücher, die bis Ende 1911, also im Zeitraum von einem Jahre, zur Abnahme mit einer Lieferfrist von vier bis sechs Wochen für die einzelnen abgerufenen Posten zu liefern waren. Wenn nun die Klägerin, die auf den ganzen Schluß bis zum Herbst 1913 nur 11604 Tücher und zwar immer nur in kleineren Posten abgerufen hatte, am 14. Dez. 1914 auf einmal den ganzen von ihr bisher nicht abgerufenen Rest forderte, der 38396 Stück Ledertücher, mithin nahezu vier Fünftel der gesamten nach dem Vertrage an sich in einzelnen Posten mit vier- bis sechswöchiger Lieferfrist nach und nach im Lauf eines Jahres zu liefernden Vertragsmenge umfaßte, so hätte sie, um sich innerhalb der durch den Vertrag gezogenen Grenzen zu halten, dem Beklagten unbedingt mehrere Monate Zeit zur Lieferung lassen müssen. Statt dessen verlangte sie die Leistung in einer Art und Weise, wie sie der Beklagte nicht schuldete. Ein solches vertragwidriges Leistungsverlangen war nicht geeignet, die Fälligkeit der dem Beklagten obliegenden Leistung in dem Sinne, daß sie als Grundlage des Schuldnerverzuges hätte dienen können, herbeizuführen, und hatte, eben weil es nicht vertragmäßig war, auch nicht die Wirkung einer Mahnung. Der Abruf v. 14. Dez. 1914 zog auch nicht die

Verpflichtung des Beklagten nach sich, den Schlußrest binnen der sich aus dem Vertrage ergebenden längeren Frist zu liefern, und zwar schon um deswillen nicht, weil die Klägerin ihm am 12. Jan. bestimmt erklärt hat, daß sie nunmehr die Abnahme verweigere. Damit hat sie nunmehr die frühere Mahnung, die an den Beklagten gerichtete Leistungsaufforderung, vor Ablauf der Erfüllungszeit rückgängig gemacht. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 13. März 1916. K. w. Weberei M. 5 O. 152/15. F—ch.

---

136. Hat der Verkäufer oder der Käufer die erforderliche Ausfuhr- oder Durchfuhrerlaubnis zu beschaffen?

(Vgl. 48 Nr. 197; 71 Nr. 36.)
BGB. §§ 157. 447.

Laut Schlußschein v. 25. Juli 1914 kaufte die in Brünn seßhafte Klägerin 50 Barrels Tranabfallfett von der in Hamburg ansässigen Beklagten frei Waggon Tetschen. Da die Beklagte die Ware der Klägerin nicht lieferte, klagte diese auf Schadenersatz. Das Landgericht erklärte die Klage dem Grunde nach für berechtigt; die Berufung wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Beklagte stützt ihre Weigerung, die Ware der Klägerin zu liefern, einmal auf die sog. Kriegsklausel und sodann auf die Tatsache, daß die Klägerin nicht, wozu sie verpflichtet gewesen sei, die Durchfuhrerlaubnis durch Deutschland für die Ware erwirkt habe. Nun war die Beklagte ohne Zweifel, nachdem seitens Deutschlands ein Ausfuhr- und Durchfuhrverbot für die hier in Frage kommende Ware erlassen worden war, berechtigt, die Lieferung der Ware während der Dauer dieses Verbots völlig abzulehnen. Hätte sie sich auf diesen Standpunkt gestellt, so hätte die Klägerin sich dem fügen müssen. Aber die Beklagte hat dies nicht getan. Sie hat nach mehrfachem Hin- und Herschreiben Anfang Februar 1915 der Beklagten die dem Vertrage entsprechende Ware angedient. Allerdings hat sie gleichzeitig die Klägerin aufgefordert, ihr den amtlichen Durchfuhrerlaubnisschein zu beschaffen. Ob die Beklagte an sich berechtigt war, an die Klägerin eine solche Forderung zu stellen, kann zweifelhaft erscheinen. Da die Beklagte, wie sie selbst zugibt, nach dem Vertrage verpflichtet war, die Ware bis Tetschen zu liefern, da sie als Verkäuferin, die in Deutschland ansässig ist, auch sehr viel leichter imstande war, von der Deutschen Regierung die Erlaubnis zu erwirken, als eine im Auslande angesessene ausländische Firma, und da endlich, wie dieser Fall lehrt, die Beklagte auch weit besser über die für die Einholung der Erlaubnis erforderlichen Einzelheiten bezüglich der Beschaffenheit, Herkunft ꝛc. der Ware unterrichtet war als die Klägerin, so liegt die Annahme nahe, daß schon nach dem Vertrage die Beschaffung der Durchfuhrerlaubnis Sache der Beklagten war. Immerhin mag der Beklagten zugegeben werden, daß sie mit Rücksicht auf die ihr zur Seite

stehende Kriegsklausel der Klägerin die Bedingung setzen konnte, daß sie diese Erlaubnis beschaffe. Aber auch von diesem Standpunkt aus hat die Beklagte ihren Verpflichtungen nicht genügt. Nachdem sie von der Klägerin erfahren hatte, daß diese zur Beschaffung der Erlaubnis einer genaueren Angabe über die Herkunft der Ware bedurfte, erforderten es Treu und Glauben im Handel und Verkehr, daß die Beklagte, die allein der Klägerin diese Angaben machen konnte, dies tat oder aber selbst die Beschaffung der Durchfuhrerlaubnis übernahm. Es ist vom kaufmännischen Standpunkt aus ganz verständlich, daß die Beklagte sich scheute, der Klägerin ihren Lieferanten anzugeben, aber dann mußte sie eben hieraus die Folgerung ziehen, daß sie selbst die Beschaffung der Erlaubnis übernahm. Die Beklagte hat auch offenbar dieselbe Empfindung gehabt. Wie sie selbst in dieser Instanz angegeben hat, hat sie nicht nur sich mehrfach bei der Behörde um die Durchfuhrerlaubnis bemüht, sondern hat sie solche auch am 15. April erhalten. Bei dieser Sachlage hat sie übereilt gehandelt, als sie schon am 26. März die Klägerin vor die Wahl stellte, entweder die Tragung der Lagerkosten zu übernehmen oder ihrerseits auf die Lieferung der Ware zu verzichten. Die Beklagte hätte den Bescheid des Reichskanzlers abwarten müssen, bevor sie in derartiger Weise gegen die Klägerin vorging. Gewiß brauchte sie nicht ganz unbestimmte Zeit hindurch zu warten, aber nach Lage der Verhältnisse mußte sie damit rechnen, daß ihr in nicht allzuferner Zeit ein Bescheid des Reichskanzlers zugehen werde. Aus ihrem in dieser Instanz übergebenen Schreiben an die Zentralstelle für Ausfuhrbewilligungen v. 25. März 1915 ergibt sich, daß die Beklagte ihr erstes Gesuch v. 8. Febr., das offenbar den Vorschriften nicht genügt hatte, zurückerhalten hat, und daß sie dann am 3. März ein neues Gesuch eingereicht hat, auf das sich auch das Schreiben v. 25. März bezieht. Unter diesen Umständen mußte die Beklagte den Bescheid des Reichskanzlers noch weiter abwarten, bevor sie sich in die Unmöglichkeit versetzte, der Klägerin die ihr angediente Ware zu liefern. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 2. Nov. 1916. J. M. w. S. & Co. Bf. VI. 90/16. No.

---

137. Ein formungültiges Schenkungsversprechen wird nicht durch Hypothekbestellung geheilt; die Hypothek wird Eigentümergrundschuld.

Vgl. 69 Nr. 121.
BGB. §§ 518. 1163.

Auf das Grundstück des Klägers war am 24. Nov. 1906 in Abt. III Nr. 3 eine Briefhypothek zur Sicherung eines vom 1. Nov. 1906 zu 5% verzinslichen, nach dreimonatiger Kündigung rückzahlbaren Darlehns von 15000 M für die Beklagte, die Ehefrau des Klägers, eingetragen worden. Die Eintragung war erfolgt auf Grund einer notariell beglaubigten Urkunde v. 22. Nov. 1906, worin der Kläger bekannte, von seiner Ehefrau ein Darlehn von 15000 M er-

halten zu haben, sich verpflichtete, diesen Betrag vom 1. Nov. 1906 mit 5% zu verzinsen, und zur Sicherung des Darlehns die Eintragung der Hypothek für seine Ehefrau bewilligte und beantragte. Im Oktober 1913 erhob der Kläger gegen seine Ehefrau Klage mit dem Antrage, sie zu verurteilen, in die Löschung der Hypothek zu willigen. Er machte geltend: Er habe im Jahre 1906, da er dringend Geld gebraucht habe, bei der Z.er Diskontobank um Kredit nachgesucht. Die Bank habe hypothekarische Sicherheit verlangt und ihm geraten, auf sein Grundstück formell eine Hypothek auf den Namen seiner Ehefrau eintragen zu lassen und dann diese Hypothek als Grundlage für die Kreditgewährung zu verpfänden. Daraufhin habe er die Hypothek für die Beklagte eintragen lassen. Der Hyp.-Brief sei auch der Bank für die Beklagte übergeben worden. Zwischen der Bank und ihm sei das Kreditgeschäft jetzt erledigt; der Bankverein sei auch bereit, den Hyp.-Brief ihm herauszugeben, die Beklagte aber widerspreche der Herausgabe und weigere sich auch, die Löschung der Hypothek zu bewilligen.

Die Beklagte entgegnete: Über 20 Jahre lang habe sie für den Kläger und mit ihm schwer gearbeitet; sie habe ihn in seinem Geschäft unterstützt und ihn, wenn er auswärts gewesen sei, im Schlachthaus und beim Viehverkauf vertreten. Als Entgelt hierfür und, damit sie für ihr Alter versorgt sei, habe der Kläger ihr die 15000 ℳ versprochen, die, weil sich Kläger nicht seiner Barmittel habe entäußern wollen, in das Grundbuch eingetragen werden sollten. Der Hyp.-Brief sei ihr auch ausgehändigt worden. Damals habe Kläger nie etwas davon erwähnt, daß er in Geldverlegenheit sei und die Hypothek verpfänden müsse; erst später sei es ihm gelungen, sie dahin zu bringen, daß sie mit ihm auf die Bank gegangen sei und dort etwas unterschrieben habe.

Der 1. Richter wies die Klage ab. Er erklärte für nicht bewiesen, daß der Kläger die Hypothek nur formell bestellt habe um sie zu verpfänden, nahm vielmehr an, daß er sie ernstlich für seine Ehefrau bestellt habe, um ihr eine unentgeltliche Zuwendung zu machen. Eine notarielle Beurkundung erachtete er nicht für erforderlich, weil es sich nicht um ein Schenkungsversprechen, sondern um unmittelbare Bewirkung einer Schenkung handle.

In 2. Instanz wurde die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt. Im übrigen aus den Gründen des die Sache zurückverweisenden Rev.-Urteils:

„Der Ber.-Richter nimmt zugunsten der Beklagten an, daß ihr der Hyp.-Brief übergeben worden sei und daß sie daher, wenn die Hyp.-Bestellung rechtswirksam wäre, die Hypothek gemäß § 1163 Abs. 2 BGB. erworben hätte. Er erachtet ferner die Behauptung des Klägers, daß die Hypothek auf den Namen der Beklagten aus einem rein formalen Grunde, nämlich nur um ihm selber als Kreditunterlage zu dienen, eingetragen worden sei, für nicht erwiesen. Dagegen nimmt er an, daß dem Kläger der Beweis gelungen sei, daß die von der Beklagten in erster Linie aufgestellte Behauptung, es sei zwischen den Parteien ein entgeltlicher Vertrag über die nachträgliche Bezahlung der von

der Beklagten dem Kläger angeblich geleisteten Dienste durch die Bestellung der Hypothek zustande gekommen, unrichtig sei. Weiter erklärt der Ber.-Richter, es bedürfe nicht der Erhebung des vom Kläger noch angebotenen Beweises dafür, daß auch eine Schenkung der Hypothek in Anbetracht der ehelichen Verhältnisse der Parteien nicht erfolgt sei, denn auch wenn man unterstelle, daß die Hypothek der Beklagten geschenkt worden sei, so sei doch die Schenkung nicht rechtswirksam erfolgt. Da die Schuldurkunde nicht gerichtlich oder notariell beurkundet, sondern nur notariell beglaubigt worden sei, entbehre das schenkungweise abgegebene Schuldanerkenntnis der erforderlichen Form, und, da daher ein Forderungsrecht durch das Schuldanerkenntnis nicht rechtswirksam begründet worden, so sei nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. trotz der Eintragung der Hypothek und der Aushändigung des Hyp.-Briefes an die Beklagte die Leistung, durch die gemäß § 518 Abs. 2 BGB. der Formmangel hätte geheilt werden können, nicht bewirkt.

Die Revision macht hiergegen geltend: Unterstelle man mit dem Ber.-Richter das Vorliegen eines Schenkungsvertrages, so sei mit Unrecht dessen Rechtsgültigkeit verneint. Ein formlos geschenktes dingliches Recht werde durch dessen Beschaffung wirksam; dieser Grundsatz aber ziehe die Folgerung nach sich, daß auch die dem dinglichen Recht zugrunde liegende persönliche Forderung zur Entstehung gelange. Dies ist jedoch nicht zutreffend.

Wäre das in der notariell beglaubigten Schuldurkunde erklärte Bekenntnis des Empfangs und der Verpflichtung zur Rückzahlung eines Darlehns unrichtig und die Verpflichtungserklärung nur schenkungweise abgegeben, so würde die Zahlung der 15000 ℳ nach erfolgter Kündigung und die Verzinsung der 15000 ℳ mit 5% vom 1. November 1906 ab bis zur Zahlung vom Kläger der Beklagten schenkweise versprochen sein. Dieses dann tatsächlich vorliegende Schenkungsversprechen würde gemäß §§ 125. 518 Abs. 1 Satz 1 BGB. wegen Mangels der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (vgl. §§ 128. 129 BGB., §§ 167ff. FGG.) rechtsungültig gewesen sein. Für die Beklagte wäre daher auf Grund des Schenkungsversprechens eine rechtsgültige persönliche Forderung auf Verzinsung und Zahlung der 15000 ℳ gegen den Kläger nicht entstanden. Nach § 518 Abs. 2 BGB. hätte allerdings der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt werden können; aber die versprochenen Leistungen wären die Entrichtung der Zinsen und die Zahlung der 15000 ℳ gewesen, und diese Leistungen sind nicht bewirkt worden. Durch die gleichzeitige Bestellung der Hypothek an dem Grundstück des Klägers wäre der Mangel der Form nicht geheilt worden. Denn die Hyp.-Bestellung hätte, ebenso wie die Bestellung eines Pfandrechts zur Sicherung der Forderung, nur der Sicherung der künftigen Erfüllung des Leistungsversprechens gedient, wäre aber nicht selbst Erfüllung des Versprechens gewesen, durch welche die von dem Kläger als Schenkgeber versprochene Leistung der Zins- und Kapitalzahlung an die Beklagte als Schenknehmerin bewirkt worden

wäre (vgl. RGEntsch. 71, 291. 292; JW. 1904, 337[3]). Eine persönliche Forderung der Beklagten gegen den Kläger wäre also auch durch die Hyp.-Bestellung nicht zur Entstehung gelangt. Wäre dies aber der Fall, so hätte die Beklagte trotz Eintragung der Hypothek auf ihren Namen und trotz Übergabe des Hyp.-Briefes die Hypothek nicht erworben. Vielmehr stände wegen Nichtigkeit der Forderung, die durch die Hypothek gesichert werden sollte, die Hypothek gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1, § 1177 Abs. 1 BGB. dem Kläger als Eigentümergrundschuld zu. Auch wenn man die an sich einer Form nicht bedürfende Einigung über die Hyp.-Bestellung (§ 873 BGB.), die Eintragung der Hypothek für die Beklagte und die Übergabe des Hyp.-Briefs an die Beklagte als Vollziehung einer auf Bestellung der Hypothek gerichteten Schenkung auffassen wollte, wobei es gleichgültig wäre, ob ein Schenkungsversprechen hinsichtlich der Hyp.-Bestellung als vorangegangen angenommen würde oder nicht (vgl. Warneyer Rspr. 1913 Nr. 249), wäre eine den Mangel der Form nach § 518 Abs. 2 BGB. heilende Bewirkung der fraglichen Leistungen nicht erfolgt, da die Hypothek eben wegen Nichtigkeit der gesicherten Forderung dem Kläger als Eigentümergrundschuld zustände und also eine Leistung aus dem Vermögen des Klägers an die Beklagte nicht bewirkt worden wäre (vgl. RGEntsch. 68, 101. 103, in SeuffA. 64 Nr. 63). Vom Gesichtspunkt einer Schenkung ist daher die Annahme des Ber.-Richters, daß die Beklagte die Hypothek nicht erworben habe, gerechtfertigt.

Jedoch hat der Kläger selbst für das Vorliegen einer Schenkung nichts vorgebracht. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 1. Juli 1916. Gr. (Bkl.) w. Gr. (OLG. Breslau) V. 135/1916. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 89 S. 366.

---

138. Amtspflichtverletzung bei Aufnahme eines Nottestaments durch den Gemeindevorsteher; Rücksichtnahme auf den Bildungsstand und auf die Umstände.

Vgl. 67 Nr. 112.

BGB. §§ 839. 2242. 2249.

In der Nacht vom 3. zum 4. Mai 1910 erklärte morgens um 3½ Uhr der Kötner Franz H. vor dem Beklagten, in seiner damaligen Eigenschaft als Gemeindevorsteher von Einum, und vor zwei zugezogenen Zeugen seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll. Er bestimmte in diesem Testamente die Klägerin, seine Ehefrau, zu seiner alleinigen Erbin. Am Tage darauf starb der Erblasser. Das vom Beklagten aufgenommene Protokoll wies mehrere Fehler auf. Zunächst fehlte die Jahreszahl bei der Angabe des Tages der Verhandlung und nur auf dem mit dem Amtssiegel versehenen Umschlage, in dem das Protokoll verschlossen wurde, war in der vom Beklagten und den Zeugen unterschriebenen Aufschrift als Zeit der Errichtung der „4. Mai 1910 morgens

3½ Uhr" angegeben. Sodann fehlte die Feststellung der Besorgnis, daß die Errichtung des Testaments vor einem Richter nicht mehr möglich sein werde; es war dies nur mit Bezug auf die Herbeiholung eines Notars festgestellt. Endlich war das Protokoll von dem Erblasser nicht unterschrieben, sondern nur unterkreuzt, aber nicht mit ausdrücklichen Worten festgestellt worden, daß der Erblasser erklärt habe, nicht schreiben zu können, vielmehr bei der Unterkreuzung durch den Erblasser nur vermerkt: „Handzeichen des H., der wegen Schwäche seinen Namen nicht schreiben konnte". Die Klägerin behauptete, daß das Testament ihres Ehemannes wegen der angegebenen drei Formfehler nichtig sei, und daß der Beklagte die Nichtigkeit verschuldet habe. Sie hatte in einem Vorprozesse mit der Behauptung, daß die Gemeinde das Versehen des Beklagten zu vertreten habe, gegen diese auf Schadenersatz geklagt, war aber mit der Klage rechtskräftig abgewiesen worden, weil dem Beklagten für seine Tätigkeit bei der Aufnahme des Testaments eine Gebühr zustand. Hierauf erhob sie einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Beklagten selbst und stellte den Antrag, ihn zur Zahlung von 30000 *M* nebst Verzugszinsen zu verurteilen. — Das Landgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 27730,67 *M* nebst Zinsen. Auf Berufung des Beklagten wurde die Klage in 2. Instanz abgewiesen. Die Revision der Klägerin blieb erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht hält das vom Beklagten aufgenommene Testament des Franz H. gemäß § 125 BGB. wegen zweier Formmängel für nichtig, nämlich wegen der fehlenden Jahresangabe bei der Feststellung des Tages der Verhandlung (§§ 2241 Nr. 1, 2249 Abs. 1 BGB.) sowie wegen der unvollständigen Feststellung der Besorgnis, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar nicht mehr möglich gewesen wäre (§ 2249 Abs. 2 BGB.). Die gleiche Bedeutung mißt es dem Mangel einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers, daß er nicht habe schreiben können (§ 2242 Abs. 2 BGB.), nicht bei, weil diese Erklärung als vom Erblasser dadurch abgegeben gelten könne, daß er, wie festgestellt, das Protokoll unterkreuzt hat. Diesen Ausgangserwägungen des Ber.-Gerichts war insofern beizustimmen, als sie sich auf den Mangel einer ausreichenden Feststellung des in § 2249 Abs. 2 BGB. vorgeschriebenen Inhalts beziehen. Da ein zur Aufnahme von Testamenten berufener Richter unter Umständen leichter erreichbar sein kann als ein Notar, ergibt sich aus der festgestellten Besorgnis in Ansehung des Notars nicht zugleich die nämliche Besorgnis in Ansehung des Richters. Diese den Richter betreffende Feststellung ist aber bei richtiger Auslegung des § 2249 Abs. 2 neben der bezüglich des Notars erforderlich und ihr Fehlen hat daher gemäß § 125 BGB. die Nichtigkeit des Testaments zur Folge. Der Ber.-Richter hat auch zutreffend angenommen, daß dem vorhandenen Formmangel nicht durch Schlußfolgerungen aus Umständen, die außerhalb der Urkunde liegen, abgeholfen werden kann, so daß der etwa mögliche Nachweis

der größeren Nähe des nächstwohnenden Notars als des nächstgelegenen Gerichtsorts oder andrer die leichtere Erreichbarkeit des Notars klarstellender Tatumstände dem Testamente nicht zur Gültigkeit verholfen hätte.

Die beiden andern von dem Beklagten begangenen Fehler sind zwar als solche anzuerkennen, da ihre Vermeidung jeder Möglichkeit von Zweifeln in Ansehung der Erfüllung gesetzlicher Formerfordernisse vorgebeugt hätte. Allein der Ber.-Richter hat, was die Schreibensunfähigkeit des Erblassers anlangt, selbst schon darauf hingewiesen, daß sich aus der Unterkreuzung des Protokolls durch den Erblasser und aus der in dem Protokoll enthaltenen Schlußfeststellung seiner auf Schwäche beruhenden Unfähigkeit, zu schreiben, auch eine vom Erblasser ausgehende Kundgebung seines ihn an der Herstellung der Namensunterschrift verhindernden körperlichen Unvermögens ersehen ließ, und daß damit dem Formerfordernis der §§ 2242 Abs. 2, 2249 Abs. 1 BGB., wenn auch nur notdürftig, genügt sei. Dies entspricht der feststehenden Rechtsprechung des Senats (RGEntsch. 65, 375; 69, 79ff., insbes. 83), von der abzugehen kein Anlaß besteht.

Unbeantwortet endlich kann im vorliegenden Fall die Frage bleiben, ob nicht das Nämliche von dem Fehler der nicht fehlenden, sondern nur unvollständigen Zeitangabe bei der Feststellung des Tages der Verhandlung zu gelten habe — — —, da mit dem Ber.-Richter davon ausgegangen werden mußte, daß schon die unzulängliche Befolgung der Vorschrift des § 2249 Abs. 2 die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat.

Mit Recht hat der Ber.-Richter auch die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB., auf den der erhobene Schadenersatzanspruch gestützt ist, insofern für erfüllt erachtet, als er die Verpflichtung des Beklagten, bei der Aufnahme von Testamenten der Befolgung gesetzlicher Formvorschriften die gehörige Sorgfalt zuzuwenden, für eine Amtspflicht ansieht, die ihm nicht nur dem Erblasser, sondern auch dem in dem Testament vom Erblasser Bedachten gegenüber in seiner Eigenschaft als Gemeindevorsteher oblag. Und ebenso zutreffend hält der Ber.-Richter unter der Voraussetzung, daß der Beklagte sich einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht hätte, während ihm vorsätzliche Pflichtverletzung nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, die ihn von der Schadenersatzpflicht befreiende Ausnahmevorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 deshalb nicht für anwendbar, weil mit Rücksicht auf sein Gebührenbezugsrecht eine Haftpflicht der Gemeinde nach § 1 Abs. 3, § 4 Ges. v. 1. August 1909 (GesS. 691) nicht bestand, eine Möglichkeit aber, auf andre Weise Ersatz zu erlangen, für die Klägerin ebensowenig gegeben war.

Die Entscheidung hängt somit davon ab, ob die vom Ber.-Gericht festgestellten besonderen Umstände die Annahme einer dem Beklagten zur Last fallenden Verletzung der Sorgfaltspflicht und damit zugleich seiner Amtspflicht als Gemeindevorsteher rechtlich ausschließen. Die Bejahung dieser Frage ergibt sich aus dem eingehenden, eine Fahrlässigkeit des Beklagten ver-

neinenden Ausführungen des Ber.-Gerichts. Mit dem Ber.-Richter darf zunächst im allgemeinen davon ausgegangen werden, daß an die Gesetzeskunde, an die richtige Gesetzesauslegung und an die praktische Schulung in der Anwendung der Gesetzesvorschriften einem Gemeindevorsteher gegenüber nicht gleichhohe Anforderungen gestellt werden können, wie gegenüber einem Richter oder Notar. Das im Notzustande gemäß § 2249 vor einem Gemeindevorsteher errichtete Testament kann daher auch nicht die gleiche Gewähr der Formsicherheit bieten wie das richterliche oder notarielle Testament. Es bildet den letzten und äußersten Versuch, den Willen eines Sterbenden, soweit möglich, noch in der Form festzuhalten, die das Gesetz für seine Gültigkeit erfordert. Eine bei dem Gemeindevorsteher einer Dorfgemeinde zum mindesten ungewöhnliche Unterscheidungsschärfe würde aber dazu gehören, wollte man von ihm die klare und sichere Erkenntnis dessen erwarten, daß nach § 2242 Abs. 2 BGB. die objektive Feststellung vorhandener Schreibensunfähigkeit eine vom Erblasser ausgehende Erklärung seiner Schreibensunfähigkeit nicht voll ersetzt, und daß das Gesetz im § 2249 Abs. 1 mit dem Verlangen, daß die Besorgnis nicht rechtzeitiger Erreichbarkeit eines Richters „oder" eines Notars festgestellt werde, die Unerreichbarkeit sowohl des Richters als auch des Notars oder die Besorgnis gemeint hat, daß weder ein Richter noch auch ein Notar rechtzeitig zur Stelle sein könnten. Bedenklicher unter dem Gesichtspunkte des Verschuldens ist allerdings der in der Fortlassung der Jahreszahl bei der Angabe des Verhandlungstages bestehende Fehler, der aber in dem Fall nicht ausschlaggebend ins Gewicht fallen würde, wenn er als ausgeglichen zu gelten hätte durch die vollständige Tagesangabe auf dem Testamentsumschlage. Wie dem aber auch sei, der Beklagte wird auch in dieser Beziehung entlastet durch die vom Ber.-Richter festgestellten besonders ungünstigen Umstände, unter denen er sich der Aufgabe unterzog, dem Wunsche des mit dem Tode ringenden Erblassers zu entsprechen und seinen letzten Willen in die gesetzliche Form zu bringen. Darüber, daß er nach dem Maß seiner Rechtskenntnis und Erfahrung sich gewissenhaft bemüht hat, diesen Formanforderungen gerecht zu werden, lassen die tatsächlichen Erwägungen des Ber.-Richters keinen Zweifel. Die näheren Umstände, unter denen er in Tätigkeit trat, erschwerten dabei seine Aufgabe. Nachdem er bis 11 oder 12 Uhr nachts festgestelltermaßen gearbeitet hatte, wurde er des Morgens um 3½ Uhr aus dem Schlafe geholt. Er mußte in dem engen Raum der Wohnung des Erblassers, wo dieser schwerkrank zu Bette lag, das Testament zu Protokoll bringen. Seine Arbeitsfähigkeit und seine Geisteskräfte waren, wie der Ber.-Richter weiter feststellt, zugleich dadurch beeinträchtigt, daß er im Alter von 58 Jahren stehend, an einer auf Arterienverkalkung beruhenden Herz- und Nervenaffektion litt. Die Zeit, in der das Testament errichtet wurde, war überdies, wie der Ber.-Richter für erwiesen hält, für den Beklagten besonders anstrengend gewesen. — — — Die Sorgfalt, mit der er bei der Testamentserrichtung zu Werke ging, findet schließlich der

Ber.-Richter auch darin bestätigt, daß er die kleine Schrift von Kurz mit einer Anleitung für die Errichtung von Testamenten zur Hand hatte und sich danach richtete.

Nach alledem läßt sich rechtlich nichts dagegen erinnern, daß der Beklagte, wie der Ber.-Richter seine Tätigkeit beurteilt, in den Grenzen der Möglichkeit das Seinige dafür getan hat, ein gültiges Testament zustande zu bringen, und daß ihn unter den festgestellten Umständen der Vorwurf nicht trifft, durch Verabsäumung der erforderlichen Sorgfalt seine ihm der Klägerin gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt zu haben. Fällt dem Beklagten aber eine Verletzung der ihm durch sein Amt auferlegten Pflichten nicht zur Last, so erübrigt sich damit gemäß § 839 Abs. 1 BGB. die weitere Frage, ob, wenn das Gegenteil zuträfe, sein Verschulden zugleich auf einer Verabsäumung der durch die Anforderungen des Verkehrs gebotenen Sorgfalt i. S. des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB. beruhte, ob er also fahrlässig gehandelt hat. Keinesfalls kann der Revision zugegeben werden, daß der Ber.-Richter gegen §§ 839 und 276 BGB. verstoßen habe. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 2. Nov. 1916. H. (Kl.) w. A. (OLG. Celle.) IV. 275/16.

---

139. Entlassung eines Minderjährigen aus der Staatsangehörigkeit; die Genehmigung des Vorm.-Gerichts kann auch aus Staatsinteressen versagt werden.

RGes. v. 22. Juli 1913 (RGBl. 583).

Der die badische Staatsangehörigkeit besitzende Zimmermann Sp. in St. Gallen bat am 16. Febr. 1916 beim Amtsgericht in C. als dem zuständigen Vorm.-Gericht um die Genehmigung zur Stellung eines Antrages auf Entlassung seines am 18. April 1900 in St. Gallen geborenen Sohnes Ludwig aus der badischen Staatsangehörigkeit. Das Amtsgericht schlug den Antrag ab. Das Landgericht erteilte die Genehmigung, indem es davon ausging, daß das Vorm.-Gericht bei seiner Entscheidung ausschließlich das Interesse des Minderjährigen zu berücksichtigen habe, nicht aber die Genehmigung aus dem Grunde versagen dürfe, weil die Entlassung und die Befreiung des Minderjährigen von der Militärpflicht dem öffentlichen Interesse widerspreche. — Auf weitere Beschwerde der Staatsanwaltschaft wurde die Entscheidung des Amtsgerichts wiederhergestellt. Aus den Gründen:

„— — — Mit Unrecht beruft sich das Landgericht auf die im KGJ. 33 A, 49 und im Recht 1907, 894[2094] abgedruckte Entscheidung des Kammergerichts v. 29. Dez. 1906. Bei dieser Entscheidung handelte es es sich um die Auslegung des durch Art. 41 II EinfG. z. BGB. in das Gesetz v. 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit eingestellten § 14a, nicht aber um den § 19 des Reichs- und Staats-

angehörigkeitsgesetzes v. 22. Juli 1913. Ob die Entscheidung des Kammergerichts mit dem früheren Recht im Einklang stand, kann dahingestellt beilben. Mit dem § 19 des jetzt geltenden Gesetzes ist die Auffassung, daß das Vorm.-Gericht die Genehmigung nicht deshalb versagen dürfe, weil die Befreiung des Minderjährigen von der Militärpflicht dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Wehrkraft des Staates widerspricht, nicht vereinbar. Das neue Gesetz hat den Gedanken, daß das Vorm.-Gericht nicht bloß den persönlichen Vorteil des Minderjährigen, sondern namentlich auch das Wohl des Staates zu berücksichtigen hat, deutlich zum Ausdruck gebracht, indem es in § 19 Abs. 1 Satz 2 der Staatsanwaltschaft zur Wahrung der öffentlichen Interessen ein weitgehendes Beschwerderecht einräumte;

vgl. v. Keller und Trautmann Reichs- und StaatsangehGesetz Anm. zu § 19 S. 248 ff., sowie Bekanntm. des bayer. Justizministeriums v. 12. April 1916 im bayer. JMBl. S. 22 und Erlaß des bad. Justizministeriums v. 28. Sept. 1916 im Bad. JMBl. S. 120.

Daß die Wahrung des öffentlichen Interesses an der Erhaltung der Wehrkraft des Staates ausschließlich Sache der Verwaltungsbehörde sei, welche die Entlassung zu erteilen hat, ist nicht richtig. Die Verwaltungsbehörde ist garnicht in der Lage, einem Minderjährigen, der noch nicht wehrpflichtig ist, die von seinem gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des deutschen Vorm.-Gerichts beantragte Entlassung zu versagen. Ein Minderjähriger, der das 17. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, unterliegt deshalb hinsichtlich der Entlassung nur der in § 19 bestimmten Beschränkung;

vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Ges. und § 1 VO. v. 3. August 1914, betr. die Entlassung aus der R.- und StAngehörigkeit, RGBl. 1914, 323.

Das Vorm.-Gericht hatte hiernach bei seiner Entscheidung auch das öffentlichrechtliche Interesse des Staates an der Erhaltung der Wehrkraft zu berücksichtigen. Dem Amtsgericht ist aber auch darin beizutreten, daß während des gegenwärtigen Krieges, in dem das deutsche Volk um sein Dasein kämpfen und der Staat an jeden Staatsbürger die höchsten Anforderungen stellen muß, die Entlassung eines Minderjährigen kurz vor dem Eintritt in das wehrpflichtige Alter nur aus besonders wichtigen Gründen gestattet werden darf, und daß im vorliegenden Fall solche Gründe nicht geltend gemacht worden sind. Der Tatsache, daß der Sohn des Beschwerdeführers, wenn er nicht aus dem Staatsverband entlassen wird, unter Umständen das Lehrverhältnis, in das er eingetreten ist, unterbrechen muß und daß hierdurch seine Ausbildung in seinem Beruf als Eisendreher beeinträchtigt werden könnte, ist in Anbetracht der Wichtigkeit der sittlichen und rechtlichen Pflichten, die ihm nach dem Eintritt seiner Wehrpflicht während des Krieges seinem Vaterlande gegenüber obliegen, eine erhebliche Bedeutung nicht beizulegen."

Beschluß des OLG. zu Karlsruhe v. 29. Nov. 1916. RJA. 15, 103.



140. Vermutung des Eigentums der im Besitz befindlichen getrennt lebenden Ehefrau; Inhalt des Gegenbeweises.

BGB. § 1006.

Die Parteien haben einander im Oktober 1898 geheiratet. Anfang Februar 1913 zog der Kläger aus der Ehewohnung weg, nachdem ihm auf Antrag der Beklagten, mit der er damals im Ehescheidungsprozeß lag, durch einstweil. Verfügung des Prozeßgerichts aufgegeben worden war, die Wohnung binnen 24 Stunden zu verlassen und nicht wieder zu betreten. Der Eheprozeß endete damit, daß die Ehe durch rechtskräftiges Urteil v. 8. Juli 1914 geschieden wurde. Der Kläger klagte dann gegen die Beklagte auf Herausgabe einer Reihe von Gegenständen auf Grund der Behauptung, diese Sachen, die bei seinem Wegzuge in der Wohnung geblieben und noch jetzt im Besitze der Beklagten seien, gehörten ihm, er habe sie mit Ausnahme von zwei näher bezeichneten Gegenständen, die er in die Ehe eingebracht habe, sämtlich während der Ehe und zwar vor dem Februar 1913 durch Kauf und Übergabe zu Eigentum erworben. — In 1. Instanz wurde die Beklagte zur Herausgabe verurteilt; das Ber.-Gericht hob auf und verwies die Sache zurück. — Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, daß der Beklagten als Besitzerin der streitigen Gegenstände die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. Abs. 1 S. 1 zur Seite steht und daß dies auch dann zu gelten hat, falls der Kläger bis zu seinem Wegzuge aus der Wohnung Besitzer der Sachen gewesen sein sollte, da sie ihm weder gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind und infolge dessen die in § 1006 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Ausnahme nicht vorliegt. Insbesondere kann der einstweil. Verfügung v. 1. Febr. 1913 nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß durch sie die Sachen dem Kläger abhanden gekommen wären. Abhanden gekommen sind Sachen, deren Besitz dem Besitzer durch ein von seinem Willen unabhängiges Ereignis entzogen ist. Durch jene einstweil. Verfügung ist nun dem Kläger nur aufgegeben worden, die Wohnung binnen 24 Stunden zu verlassen und nicht wieder zu betreten; dagegen ist er an der Verfügung über sein Eigentum dadurch nicht verhindert worden. Es stand ihm frei, seine Sachen mitzunehmen oder nachträglich durch Beauftragte abholen zu lassen; nötigenfalls hätte er mit Hülfe des Gerichts die Beklagte zwingen können, ihre Wegnahme zu dulden. Er hat jedoch nichts hiervon getan, sondern die Sachen in der Wohnung und damit im Besitze der Beklagten belassen und erst nach ziemlich 1½ Jahren Schritte zu ihrer Wiedererlangung getan.

Ein etwaiger Besitz des Klägers an den streitigen Sachen würde durch seinen Auszug aus der Wohnung dann nicht sein Ende erreicht haben, wenn es sich hierbei um eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt über die Sachen gehandelt hätte (vgl. § 856 BGB. Abs. 2). Davon kann aber nicht die Rede sein. Allerdings beschränkte sich das Verbot des Betretens der Wohnung, wie sich von selbst versteht, auf die Dauer

des Eheprozesses, und es mag sein, daß der Kläger zunächst der Hoffnung gewesen ist, die von der Beklagten erhobene Scheidungsklage werde abgewiesen werden, und für diesen Fall beabsichtigt hat, in die Wohnung zurückzukehren. Eine solche Absicht hat er aber jedenfalls dann nicht mehr gehabt, als er, wie er selbst angibt, im Lauf des Prozesses dazu überging, seinerseits Scheidungswiderklage zu erheben.

Der Umstand, daß nach § 1006 BGB. vermutet wird, daß die Beklagte Eigentümerin der noch streitigen Sachen sei, hat zur Folge, daß der Kläger, um mit seinem Eigentumsanspruch durchzudringen, diese Vermutung widerlegen muß. Hierzu genügt nicht der Nachweis, daß er selbst einmal Eigentum an den Gegenständen erworben hat, sondern er muß beweisen, daß die Beklagte nicht Eigentümerin sei, sei es, daß sie Eigentum überhaupt nicht erlangt, sei es, daß sie es wieder verloren habe; diesen Beweis kann er insbesondere in der Weise führen, daß er die Tatsachen, die die Beklagte zur Begründung ihres Eigentumsrechts anführt, als unwahr nachweist. Der Kläger, der sich augenscheinlich über den Umfang seiner Beweispflicht nicht klar ist, hat nun nur Beweis dafür angeboten, daß er vor seinem Wegzuge von der Beklagten Eigentum an den Sachen erworben habe, und das Landgericht hat mit Rücksicht darauf seine Klage abgewiesen, weil dieses Beweisangebot nicht genüge, ohne ihn zuvor über seine Beweispflicht aufzuklären und zur Bezeichnung von Beweismitteln zur Widerlegung der zugunsten der Beklagten sprechenden Eigentumsvermutung aufzufordern. Dadurch hat es die ihm nach § 139 ZPO. obliegende Frage- und Aufklärungspflicht verletzt; es liegt ein Verfahrensmangel vor, auf dem das angefochtene Urteil beruht. Es erschien deshalb angebracht, von der Befugnis des § 539 ZPO. Gebrauch zu machen und die Sache unter Aufhebung des Urteils an das Landgericht zurückzuverweisen. — —

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 12. Febr. 1917. M. w. M. 5 O 91/16. Ch.

---

141. Das elterliche Recht auf Verkehr mit dem Kinde darf nicht durch einen Beauftragten ausgeübt werden.

BGB. § 1636.

Die Eltern lagen in Scheidung und lebten getrennt; die Kinder befanden sich bei der Mutter. Der Vater hatte bis dahin jeden Freitag die Kinder zu sich holen lassen; als er ins Feld rückte, beantragte er beim Vorm.-Gericht, der Mutter aufzugeben, daß sie die Kinder jeden Freitag seiner Mutter zuführen lasse. Der Antrag wurde abgelehnt, die Beschwerden wurden zurückgewiesen. — Aus den Gründen:

„Allerdings ist das Vorm.-Gericht zur nähern Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kindern in analoger Anwendung des § 1636 Satz 2 BGB. auch dann zuständig, wenn die Ehe der Eltern noch nicht rechtskräftig geschieden

ist, diese vielmehr nur getrennt leben (RGEntsch. 69, 94; KGJ. 39 A, 3 u. a.). Allein es kann stets nur den Verkehr der Kinder mit einem Elternteil regeln, dem ein Recht auf den Verkehr zusteht (Satz 1). Dieses Verkehrsrecht, das dem zwischen den Eltern und den Kindern bestehenden Verwandtschaftsverhältnis entspringt (vgl. KGJ. 41, 11; RJA. 11, 254; a. M. RGEntsch. 64, 47) ist höchst persönlicher Natur, begrenzt ein Zusammensein behufs des gegenseitigen Sehens und der gegenseitigen Aussprache und kann dementsprechend weder einem Dritten übertragen noch durch einen Dritten ausgeübt werden. Der Großmutter steht ein selbständiges Recht auf den persönlichen Verkehr mit den Enkeln nicht zu, so daß ein solcher auch durch das Vorm.-Gericht nicht geregelt werden kann. Allerdings ist der Standpunkt des Landgerichts insoweit nicht frei von rechtlichen Bedenken, als es das Hauptgewicht darauf gelegt hat, daß das Vorm.-Gericht nicht zu entscheiden habe, ob die Mutter der Kinder deren Großmutter den Verkehr mit ihnen zu gestatten habe, denn in Frage steht lediglich ein Verkehr des Vaters mit den Kindern, den er nur durch seine Mutter, nicht persönlich, ausüben will. Allein, da sich die Vorentscheidung aus den oben dargelegten Gründen als richtig darstellt, war die weitere Beschwerde zurückzuweisen (§ 563 ZPO.)."

Beschluß des KG. zu Berlin v. 3. März 1916. RJA. 15, 96.

---

142. Haben die leiblichen Eltern eines an Kindesstatt angenommenen Kindes ein klagbares Recht auf persönlichen Verkehr?

BGB. §§ 1764. 1636.

— — — Beide Vorinstanzen haben ein Recht der unehelichen Mutter auf persönlichen Verkehr mit ihrem von einem Dritten an Kindesstatt angenommenen Kinde verneint. Die rechtliche Natur eines Rechts zum persönlichen Verkehr mit einem Kinde ist in der Rechtsprechung und der Rechtslehre streitig. Das Reichsgericht in dem Urteile v. 12. Juli 1906 (Entsch. 64, 47; JW. 1906, 598) und das Kammergericht in dem Beschlusse v. 11. April 1907 (KGJ. 34 A, 43; OLG. Rspr. 16, 23) haben das gedachte Recht nicht aus der Blutsverwandtschaft schlechthin, sondern aus dem Personensorgerechte gefolgert. Demgegenüber haben sich Staudinger (BGB$^{7/8}$, IV. 2, 1197 Anm. 1 Abs. 2 zu § 1765) und die dort Angeführten dahin ausgesprochen, daß das gegebenenfalls im Klagewege geltend zu machende Recht der Eltern oder der unehelichen Mutter auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde nicht Bestandteil der elterlichen Gewalt sei, vielmehr dem zwischen den Eltern und dem Kinde bestehenden Verwandtschaftsverhältnis entspringe. Insbesondere hat v. Blume in SeuffBl. 72 (1907), 95ff. („Die rechtliche Natur des Elternrechts aus § 1636 BGB.") bemerkt, daß die Eltern das Recht des Verkehrs mit dem Kinde haben, um das Bedürfnis nach Teilnahme am geistigen und leiblichen Wohlergehen des Kindes befriedigen zu können. Dementsprechend hat das



Kammergericht in Abweichung von der oben dargelegten Auffassung in dem Beschlusse v. 6. Okt. 1911 (KGJ. 41, 11; RJA. 11, 254; OLGRspr. 24, 26) der seitdem in ständiger Rechtsübung aufrechterhaltenen Ansicht Ausdruck gegeben, daß das Verkehrsrecht des § 1636 BGB. nicht ein Teil des Personensorgerechts sei, sondern als selbständige Befugnis neben ihm bestehe und dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden nahen Verwandtschaftsverhältnis entspringe, welches bedingt, daß kein Elternteil von dem Verkehr mit dem Kinde ganz ausgeschlossen wird.

Allein ein solches Recht, mit dem Kinde persönlich zu verkehren, ist zwar im § 1636 BGB. für den Fall der Scheidung der Ehe der Eltern dem nach § 1635 BGB. nicht sorgeberechtigten Elternteile, nicht aber auch im § 1765 BGB. für den Fall vorgesehen, daß mit der Annahme an Kindesstatt die leiblichen Eltern die elterliche Gewalt über das Kind, die uneheliche Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, verlieren. In dem letztgedachten Falle hat also das Verkehrsrecht keine gesetzliche Anerkennung gefunden. Eine analoge Anwendung des § 1636 BGB. erscheint im Hinblick auf die eigenartigen, bei der Annahme an Kindesstatt obwaltenden Verhältnisse als ausgeschlossen;

vgl. RGEntsch. 64, 47; RGJ. 34 a, 43; auch Motive 4, 991; Prot. 4, 734.

Hiernach ergibt sich, — abweichend von der Entscheidung in den Bl. für Rechtspfl. im Bez. des KG. 1906, 19 — der Satz, daß den leiblichen Eltern, insbesondere der unehelichen Mutter, ein im Wege des Prozesses verfolgbarer Anspruch auf Gestattung des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde, welches von einem Dritten an Kindesstatt angenommen worden ist, überhaupt nicht zusteht.

Mag somit auch ein klagbares Recht der leiblichen Mutter auf den persönlichen Verkehr mit dem Kinde nicht bestehen, so erfordert es doch das Sittengesetz, daß der gedachte Verkehr aufrechterhalten bleibt, falls durch dessen Unterbleiben das allein maßgebende Interesse des Kindes verletzt wird. Die Wahleltern haben demzufolge bei der Erziehung des Kindes auf dessen Verhältnis zu seinen leiblichen Eltern die durch das Sittengesetz geforderte Rücksicht zu nehmen, sodaß, wenn sie den leiblichen Eltern den persönlichen Verkehr mit dem Kinde ohne verständigen Grund in ungehöriger Weise abschneiden und dadurch die Interessen des Kindes gefährden oder schädigen, das Vorm.-Gericht auf Grund des § 1666 BGB. einzuschreiten hat (Reichsgericht a. a. O.; Kammergericht a. a. O.). — — —

Hiernach waren die Vorentscheidungen aufzuheben und es war die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird durch Verhandlungen mit den Beteiligten zu prüfen haben, welcher Weg sich bietet, um den durch das Sittengesetz geforderten Verkehr des Kindes mit der leiblichen (unehelichen) Mutter in einer Weise zu ermöglichen, daß weder die Interessen des Kindes gefährdet, noch das Erziehungsrecht der Wahleltern

über das gebührliche Maß beeinträchtigt werden, wobei, falls sich die Besorgnis ergeben sollte, daß die leibliche Mutter bei den Zusammenkünften einen ungünstigen Einfluß auf das Kind ausüben könnte, die Zuziehung einer geeigneten Aufsichtsperson in Betracht zu ziehen wäre.

Beschluß des KG. zu Berlin v. 18. Febr. 1916. RJA. 15, 93.

---

143. Eine Stadtgemeinde wird durch ihre Lebensmittelbesorgung während des Krieges nicht Kaufmann. — Versteigerung beanstandeter Ware als nützliche Geschäftsführung*.

*Vgl. 62 Nr. 262.

HGB. §§ 1. 343 ff. — BGB. § 677.

Der Beweiswürdigung des Landgerichts ist darin beizutreten, daß die verklagte Stadtgemeinde verlesene Speisekartoffeln von $^{5}/_{4}$ Zoll aufwärts bestellt hat. Es ist weiter als erwiesen anzusehen, daß ein großer Teil der von der Klägerin gelieferten Kartoffeln die zugesicherte Größe nicht hatte und daß mindestens die Hälfte schorfig, d. h. mit einem Ausschlage behaftet war, der den Speisewert der Kartoffeln erheblich beeinträchtigt. Den Angaben des Zeugen G. und dem Gutachten des Sachverständigen ist weiter zu entnehmen, daß der Ausschlag bereits während des Wachsens der Kartoffeln im Acker eingetreten ist. Da hiernach die der Beklagten gelieferten Kartoffeln die zugesicherte Eigenschaft nicht gehabt und mit einem vom Verkäufer zu vertretenden Mangel behaftet waren, kann die Beklagte nach §§ 459 ff. BGB. Wandelung verlangen.

Dem steht nicht entgegen, daß die Beklagte die Kartoffeln erst am 16. oder 17. Mai 1915 hat untersuchen lassen und daß sie der Klägerin erst am 17. Mai 1915 mitgeteilt hat, daß die Sendung unverwendbare schorfige Ware enthalte. Nach § 377 HGB. hat zwar der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Die Vorschrift greift jedoch nur dann Platz, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. Dieser Fall liegt indes nicht vor. Die Beklagte ist, soweit sie Kartoffeln und andre Lebensmittel im großen einkauft und im einzelnen an die Bevölkerung der Stadt absetzt, nicht Kaufmann. Denn es ist gerichtskundig, daß sie diese Geschäfte nicht in der Absicht, aus dem fortgesetzten Betrieb solcher Geschäfte eine dauernde Einnahmequelle für sich zu schaffen, betreibt, sondern daß sie es sich gleich vielen andern größeren deutschen Städten in der jetzigen Zeit der Kriegsnot zur Aufgabe gemacht hat, den Bedarf der Einwohner an den notwendigsten Nahrungsmitteln sicherzustellen. Diese Aufgabe liegt durchaus auf öffentlichrechtlichem Gebiet. Was zu deren Erfüllung geschieht (An- und Verkauf von Lebensmitteln u. dgl.) dient ausschließlich dazu, dem von England gegen uns ins Werk gesetzten Hungerkrieg zu begegnen und diese feindlichen Kriegsmaßnahmen unschädlich zu machen.

Nun ist zwar die verklagte Stadtgemeinde schon deshalb, weil sie durch den Betrieb der städtischen Straßenbahn die Beförderung von Personen gewerbmäßig betreibt, nach § 1 Nr. 5 HGB. Kaufmann i. S. des Handelsgesetzbuchs, und es kommen daher für die Frage, ob ein Handelsgeschäft der Beklagten vorliege, noch die Vorschriften in §§ 343. 344 HGB. in Betracht. Allein zum Betriebe des Straßenbahngewerbes gehört der Kartoffeleinkauf nicht, auch ist er nicht im Betriebe dieses Gewerbes erfolgt (§ 343 Abs. 1 und 2 HGB.). Aber auch die Rechtsvermutung des § 344 Abs. 1 kann nicht Platz greifen, weil es offen und gerichtskundig ist, daß der Kartoffeleinkauf nicht jenem Handelsgewerbe, sondern öffentlichrechtlichen Zwecken, der Erfüllung einer obrigkeitlichen Aufgabe dient. Endlich scheidet auch die Vorschrift des § 345 HGB. für die Anwendbarkeit der §§ 377. 379 aus, da diese Bestimmungen beiderseitige Handelsgeschäfte zur Voraussetzung haben. Da sonach die Bestimmung in § 377 keine Anwendung leidet, kann eine etwaige Verspätung der Untersuchung und Anzeige auch nicht zur Folge haben, daß die Ware als genehmigt gilt. — — —

Dem Landgericht ist im Ergebnis weiter darin beizutreten, daß die Beklagte die beanstandete Ladung Kartoffeln öffentlich versteigern lassen durfte. Die kaufmännische Aufbewahrungspflicht des § 379 Abs. 1 HGB. lag ihr nicht ob. Daher schlägt auch die Vorschrift in § 379 Abs. 1 nicht ein. Sie hätte sich auf die Verweigerung der Annahme beschränken können. Dann wären die Kartoffeln bei dem offenkundigen dringenden Bedarf an Eisenbahnwagen durch die Eisenbahnverwaltung unter erfahrunggemäß ungünstigeren Umständen versteigert worden. Die Kartoffeln waren überdies dem Verderben ausgesetzt, die Klägerin hatte der in den Telegrammen v. 17. und 18. Mai 1915 angedrohten Versteigerung nicht widersprochen und auch nicht zu erkennen gegeben, daß sie vom Zeitpunkt der Versteigerung benachrichtigt werden wolle. Die unter Beobachtung der üblichen Formen in der Hauptmarkthalle erfolgte Versteigerung entsprach daher nicht bloß dem objektiven Interesse, sondern auch dem mutmaßlichen Willen der Klägerin und ist sonach, da die Beklagte auch der Vorschrift in § 681 Satz 1 BGB. entsprochen hat, als Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB.) für die Klägerin verbindlich (RGEntsch. 66, 197). — — —

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 4. Jan. 1917. J. w. Stadtgem. Dr. 1 O. 193/16. —n—

---

144. Der Aktionär hat nicht schon gesetzlich Anspruch auf Ausstellung von Gewinnanteilscheinen.

HGB. § 213.

Der Kläger ist Inhaber der auf den Inhaber lautenden Aktien der verklagten Gesellschaft Nr. 11501 bis 11600. Diese Aktien sind ohne Gewinnanteilscheine und Gewinnanteilscheinbogen ausgegeben worden. Kläger verlangte

mit der Klage, daß die Beklagte verurteilt werde, ihm zu seinen Aktien solche Bogen zu liefern. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Kläger verlangt von der Beklagten, daß sie ihm zu den in seinem Besitz befindlichen Aktien Gewinnanteilscheine und Gewinnanteilschein-Bogen liefere, wobei er unter den letzteren die Erneuerungsscheine (Talons) versteht. Unstreitig sind diese Aktien bei der Erhöhung des Kapitals der verklagten Gesellschaft im Jahre 1895 ohne solche Scheine ausgegeben worden. Irgendein Rechtsgrund steht dem Kläger aber bei seinem Verlangen nicht zur Seite. Er gibt selbst zu, daß weder das Gesetz (vgl. Staub HGB. § 213 Anm. 15), noch die Satzung der Beklagten die Ausgabe von Gewinnanteilscheinen und Erneuerungsscheinen vorschreibt. Er glaubt aber seine Klage darauf stützen zu können, daß die Ausgabe solcher Scheine üblich sei und, da ein Beschluß der Generalversammlung der Beklagten über die Ausgabe von Aktien ohne solche Bogen nicht vorliegt, der Vorstand der Beklagten die neuen Aktien ohne solche Scheine garnicht habe ausgeben dürfen. Darauf ist zunächst zu entgegnen, daß der Kläger unstreitig selbst in jener Zeit, da diese Aktien ausgegeben waren, Vorstand der Beklagten gewesen ist, sodaß es schon zweifelhaft sein kann, ob er selbst sich auf sein eigenes unerlaubtes Handeln der Beklagten gegenüber berufen kann. Aber ein derartiges Handeln liegt auch garnicht vor. Unbestritten hat die Gen.-Versammlung der Beklagten am 4. Juni 1895, als sie die Erhöhung des Grundkapitals beschloß, den Beschluß gefaßt, daß die Ausgabe der neuen Aktien nicht unter Nennwert erfolge, im übrigen aber die Bedingungen, unter denen die Ausgabe erfolgen solle, durch den Vorstand und Aufsichtsrat festgestellt würden. Damit war dem Vorstand und Aufsichtsrat auch die Befugnis eingeräumt, zu bestimmen, ob zu den Aktien Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine ausgegeben werden sollten. Es ist nicht einzusehen, weshalb dies in dem Beschlusse der Gen.-Versammlung, dem der Kläger übrigens zugestimmt hat, nicht enthalten gewesen sein soll. Tatsächlich sind dann die Aktien ohne solche Scheine vom Vorstand ausgegeben worden. Der Kläger bestreitet, daß vom Vorstand und Aufsichtsrat ein förmlicher Beschluß nach dieser Richtung gefaßt worden sei. Aber bis heute haben weder der Vorstand noch der Aufsichtsrat etwas gegen diese Art der Aktienausgabe eingewandt, sodaß es nicht von Erheblichkeit ist, ob sie einen entsprechenden förmlichen Beschluß gefaßt haben. Jedenfalls haben die Organe der Beklagten deutlich zu erkennen gegeben, daß sie diese Aktien nicht mit Gewinnanteil- und Erneuerungsscheinen versehen wissen wollen. Der einzelne Aktionär ist aber nicht befugt, im Prozeßwege von der Beklagten etwas zu verlangen, was mit den rechtmäßigen Beschlüssen der satzungmäßigen Organe der Akt.-Gesellschaft im Widerspruch steht. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 15. Febr. 1917. R. w. R. Akt.-Ges. Bf. VI. 294/16. Nö.

145. Hat die Kaperung des versicherten Schiffes Einfluß auf die Prämienzahlung?

HGB. §§ 812. 813. 849. 854. — Allg. Seevers.-Bed. §§ 101. 157.

Die Nebenintervenientin hat als Eignerin des Dampfers M. G. das Kasko dieses Dampfers bei einer Reihe von Gesellschaften versichert. Die Versicherung ist für die Zeit vom 23. Januar 1915 bis 22. Januar 1916 geschlossen. Sie läuft „nur für Seegefahr". Am 24. Okt. 1915 ist der Dampfer in der Ostsee gekapert und in einen russischen Hafen gebracht worden. Die Beklagte behauptet, daß er seitdem dort stilliegt, während der Kläger annimmt, daß die Russen ihn alsbald wieder in Fahrt gesetzt haben. Der Kläger verlangt als Zessionar der Versicherer von der Beklagten, die sich an sich zur Prämienzahlung vertraglich verpflichtet hatte, Zahlung der letzten Vierteljahresrate der Jahresprämie im ziffermäßig nicht streitigen Betrage von 960,51 ℳ. Die Beklagte und die Nebenintervenientin wollen für die Zeit seit der Wegnahme des Schiffes keine Prämie schulden. Ihre Einwendungen gegen die Klageforderung sind indes nicht begründet.

Dem Landgericht ist zunächst darin beizutreten, daß durch die Festlegung von vier Prämien-Zahlungsterminen nicht die Versicherung selbst in mehrere Zeitabschnitte zerlegt, sondern lediglich die Zahlung der Prämie für die auf ein ganzes Jahr fest geschlossene Versicherung in gewisser Weise befristet worden ist.

Im übrigen ist bei Prüfung der Frage, ob die Beklagte infolge Kaperung des Dampfers von der Zahlung der restlichen Prämie frei sei, von dem Schlußabsatz des § 101 der nach der Police maßgeblichen Allg. Seeversich.-Bedingungen auszugehen. Dort wird bei einer „nur für die Seegefahr" geschlossenen Versicherung dem Versicherten eine Zuschlagsprämie von ½% im Monat auferlegt, wenn das Schiff „infolge von Kriegsverhältnissen in einen Hafen verwiesen oder aufgebracht wird", der Versicherte kann aber die Zahlung dieses Zuschlags dadurch vermeiden, daß er unverzüglich, nachdem er von der Verweisung oder Aufbringung erfahren hat, auf die Fortdauer der Versicherung verzichtet. Der Gedanke ist also, daß Aufbringung und Verweisung das Versicherungsrisiko erhöhen und dadurch einen Prämien-Zuschlag bedingen, dem sich der Versicherte nur durch Verzicht auf die Fortdauer der Versicherung entziehen kann. Darüber, wie es im Fall solchen Verzichts mit der Hauptprämie gehalten werden soll, bestimmt § 101 nichts. Es verbleibt daher insoweit bei den allgemeinen Bestimmungen des 7. Abschn. (§§ 154 ff.) über „Aufhebung der Versicherung und Rückzahlung der Prämie" und insbesondere bei der Vorschrift des § 157, wonach ein Ristorno nicht stattfindet, wenn die Gefahr für den Versicherer bereits zu laufen begonnen hat, und zwar ohne Unterschied, ob die Versicherung auf eine einzelne Reise, ob eine Zeitversicherung oder eine Versicherung auf kombinierte Reisen geschlossen ist. Den diesbezüglichen

Ausführungen des angefochtenen Urteils ist lediglich beizutreten. Das Berufungsgericht hat ihnen nichts hinzuzufügen.

Es ist weiter zu prüfen, ob die von der Beklagten angezogene besondere Policenklausel über Prämienrückgewähr im Fall unbeschäftigten Stilliegens des Schiffes ihr das Recht gibt, die Zahlung der noch ausstehenden Prämie zu verweigern. Aber auch das ist zu verneinen. Nach dieser Klausel ist der verhältnismäßige Teil der Stammprämie zurückzuvergüten, „wenn das Schiff im Winterlager oder aus andern Gründen — ausgenommen wegen einer der Versicherung zur Last fallenden Havarie — während aufeinander folgender 15 oder mehr Tage in einem Hafen unbeschäftigt stilliegt, und auf Grund voraufgegangener Kündigung die Versicherung während der Zeit des Stilliegens gänzlich aufgehört hat". Dem Ber.-Gericht ist nicht zweifelhaft, daß die Klausel lediglich solche Fälle betrifft, in denen der Reeder Anlaß hat, sein Schiff unbeschäftigt stillzulegen. Dann entspricht es verständigen wirtschaftlichen Erwägungen, daß ihm für die Zeit dieses Stillegens die Prämienzahlung erlassen wird. Wesentlich anders liegt die Sache, wenn, wie im vorliegenden Fall, das Schiff ohne sein Zutun und gegen seinen Willen zum Stilliegen kommt, wenn es aufgebracht und in einen fremden Hafen gebracht wird und damit sogar ein erhöhtes Risiko eintritt, für das der Versicherte noch eine Zuschlagsprämie zu zahlen hat. Diese Fälle dem Stillegen des Schiffes durch den Reeder gleichzustellen, liegt kein Anlaß vor, und es darf hierfür auch darauf verwiesen werden, daß es sich bei der Frage, ob das vom Feinde gekaperte und in einen fremden Hafen gebrachte Schiff dort „unbeschäftigt stilliegt" oder vom Feind benutzt wird, um völlig unkontrollierbare und unbeweisbare Umstände handelt, von denen, wenn die Auslegung der Beklagten richtig wäre, die Entscheidung über das Prämienristorno abhangen würde. Die Bezugnahme der Beklagten auf das Zeugnis des in Rußland internierten Kapitäns und auf eine Auskunft der russischen Hafenbehörden zeigt die in dieser Beziehung bestehende Beweisunmöglichkeit, und auch das ist ein nicht unwesentliches Indiz gegen die Auslegung der Beklagten. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 20. Nov. 1916. Ver. Hamb. Assek. w. H. & C. M. Bf. V. 235/16. Nö.

---

146. Eine Polizeiverordnung, die den Verkauf von Branntwein rc. nach dem gesetzlichen Ladenschluß untersagt, verstößt nicht gegen die Gewerbeordnung.

GewO. §§ 1. 139 e. 139 f.

Das Polizeiamt zu Lübeck hat am 1. März 1913 eine Verordnung erlassen, wonach den Schank- und Gastwirten sowie den Kleinhändlern von Branntwein



verboten wird, in der Zeit von Beginn der Polizeistunde oder des Ladenschlusses ab bis $7\frac{1}{2}$ Uhr morgens Branntwein, Liköre oder nicht denaturierten Spiritus auszuschenken oder zu verkaufen. Der Kläger, der in Lübeck den Kleinverkauf und Ausschank von Spirituosen betreibt, hat gegen diese Verordnung verstoßen und ist deshalb mehrfach mit Strafe belegt worden. Er focht die Rechtsgültigkeit der Polizeiverordnung an, wurde aber damit zurückgewiesen. — Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Auch dieses Gericht tritt dem Urteil des Ferienstrafsenates v. 25. August 1915 darin bei, daß die angefochtene Verordnung des Polizeiamts v. 1. März 1913 mit der Reichsgewerbeordnung nicht im Widerspruch steht. Allerdings bestimmt § 139 e GewO., daß offene Verkaufsstellen von 9 Uhr abends bis 5 Uhr morgens für den geschäftlichen Verkehr geschlossen sein müssen. Die Anordnung eines weitergehenden Ladenschlusses ist nach § 139 f nur unter besonderen Voraussetzungen, insbesondere auf Antrag von mindestens zwei Dritteln der beteiligten Geschäftsinhaber gestattet. Aber die Anordnung eines Ladenschlusses enthält die Verordnung, die den Ausschank und Verkauf von Branntwein in bestimmter Zeit untersagt, keineswegs. Dem Kläger ist die Öffnung seiner Verkaufsstelle in der Zeit von morgens 5 Uhr bis $7\frac{1}{2}$ Uhr nach wie vor gestattet, er darf in dieser Zeit nur nicht Branntwein, Liköre oder nicht denaturierten Spiritus ausschenken oder verkaufen.

Im gleichen Sinne hat auch das Kammergericht in seinen Urteilen v. 22. Dezember 1902 und 3. Mai 1904 (vgl. Die Polizei 1904/05, 104. 324) erkannt, ebenso sprechen sich Landmann (GewO. 2 §§ 139 e Anm. 26 und Olshausen in der bei Landmann erwähnten Stelle aus.

Daß aber an sich bei einem konzessionspflichtigen Gewerbe, wie es der Betrieb der Schankwirtschaft und des Kleinhandels mit Branntwein oder Spiritus darstellt, die Auflegung derartiger Beschränkungen im Interesse des allgemeinen Wohles zulässig ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ebensowenig verstößt diese Verordnung gegen den § 1 GewO., da nach anerkannter Auslegung die durch diesen Paragraphen gewährleistete Gewerbefreiheit sich nur auf die Zulassung zum Gewerbe, nicht auch auf die Ausübung des Gewerbebetriebes bezieht. Daß vom Standpunkt des Lübeckischen Rechts aus das Polizeiamt zum Erlaß einer derartigen Verordnung an sich zuständig ist, hat der Kläger nicht bestritten, steht auch für das Gericht fest."

Urt. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 5. Sept. 1916. J. F. w. Lüb. Staat. Bf. VI. 164/16. Nö.

II. Verfahren.

147. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36[3] ZPO. setzt voraus, daß die Beklagten Streitgenossen sind.

ZPO. § 36[3].

Der Wagenwärter H. in L. hat nach seiner Behauptung am 5. Juli 1913 bei Ausübung seines Dienstes im Bahnhofe einen Unfall erlitten. Er will den Bahnarzt „wegen unsachgemäßer, ärztlicher Behandlung" und den durch die Eisenbahndirektion vertretenen bayerischen Fiskus „wegen zu Unrecht erfolgter Pensionierung" als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand auf Schadenersatz verklagen.

Ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand ist nach dem allerdings äußerst dürftigen Vorbringen des Gesuchstellers für den Rechtsstreit nicht begründet; da der Bahnarzt bei dem Landgericht B. und der bayerische Fiskus, soweit er durch die Eisenbahndirektion vertreten wird, bei dem Landgericht N. den allgemeinen Gerichtsstand hat und beide Gerichte zu den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte gehören, so ist eine der in § 36 Nr. 3 ZPO. für die Bestimmung des zuständigen Gerichts aufgestellten Voraussetzungen und auch die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts zur Verbescheidung des Gesuchs gegeben. Es muß aber noch hinzukommen, daß im Falle der Erhebung der Klage zwischen den Beklagten eine Streitgenossenschaft i. S. der §§ 59ff. ZPO. besteht. Dieses Erfordernis wird zwar von verschiedenen Schriftstellern (Förster ZPO. Anm. 3c zu § 36; Planck Zivilprozeßr. § 22 A, 3) geleugnet, entspricht aber dem Willen des Gesetzgebers. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz dem Worte „Streitgenossen" in § 36 Nr. 3 einen andern Sinn beilegt als in den §§ 59ff. Weiter kommt in Betracht, daß das Prozeßgericht nach § 145 ZPO. anordnen kann, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden, und diese Anordnung treffen soll, wenn im Fall der subjektiven Klagenhäufung die Voraussetzungen der §§ 59 ff. nicht vorliegen. Es hätte keinen Sinn, wenn das Gesetz einerseits das höhere Gericht im Fall des § 36 Nr. 3 anweisen würde, ohne Prüfung der Voraussetzungen der Streitgenossenschaft zum Zweck der Ermöglichung der gemeinsamen Verhandlung der mehreren Ansprüche ein Gericht zu bestimmen, anderseits dem letzteren Gericht eine Handhabe, ja sogar die Anweisung zur Trennung der verbundenen Ansprüche geben würde. Im vorliegenden Fall ist das erwähnte Erfordernis nicht gegeben. Der Gesuchsteller leitet die Verpflichtung der zu Verklagenden weder aus demselben noch aus einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grunde ab. Ja, es ist zum mindesten zweifelhaft, ob die beiden Ansprüche nebeneinander bestehen können. Nach seinem Vorbringen ist anzunehmen, daß er wegen Dienstunfähigkeit nach Art. 48 Nr. 2 (bayer.) BeamtG. in den Ruhestand versetzt wurde, daß er aber glaubt, seinen Dienst noch verrichten zu können. Ist diese Meinung

begründet, dann steht die behauptete unsachgemäße Behandlung des Bahnarztes in keinem ursächlichen Zusammenhange mit dem ihm durch seine Versetzung in den Ruhestand entstandenen Schaden, und der Bahnarzt ist nicht verpflichtet, ihm diesen Schaden zu ersetzen; ist sie nicht begründet, dann ist der Schadenersatzanspruch gegen den Fiskus unhaltbar. Hiernach mußte das Gesuch als unbegründet zurückgewiesen werden.

Beschluß des Obersten LG. f. Bayern (2. Sen.) v. 5. Juli 1916. Reg. IV. 21/16. BayOBLGZ. 17, 168.

---

148. Aufrechnungseinrede. Das Ber.-Gericht hat auch nachzuprüfen, ob die Erlassung eines Vorbehaltsurteils geboten war.

Vgl. 63 Nr. 168; 69 Nr. 136.
ZPO. § 302.

Nach § 302 ZPO. ist es in das Ermessen des Gerichts gestellt, ob es bei Vorliegen der erforderten Voraussetzungen — Mangel rechtlichen Zusammenhanges von Anspruch und Gegenstand, sowie Entscheidungsreife des Klaganspruchs — von der Befugnis Gebrauch machen will, über die Klageforderung unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung zu entscheiden. Das Vorbehaltsurteil entscheidet also nicht allein darüber, ob die oben angeführten gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlaß eines solchen Urteils vorliegen, sondern auch darüber, ob nach Lage des Falls die Zurückstellung einer Entscheidung über die Aufrechnung geboten erscheine. Die Nachprüfung dieser letzteren Frage unterliegt ebenso wie die Frage nach dem Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlaß eines Vorbehaltsurteils der Nachprüfung durch das Ber.-Gericht. Der dahin gehenden Ansicht des Bayer. Obersten LG. (Entsch. vom 21. Febr. 1908, OLGRspr. 17, 171) schließt sich dieses Gericht an; ebenso auch Gaupp-Stein III letzter Abs. zu § 302 ZPO.

Es ist nun nicht anzuerkennen, daß im vorliegenden Fall der Erlaß eines Vorbehaltsurteils nach § 302 zweckmäßig wäre. Die Klägerin ist eine schwedische Firma und hat ihre Handelsniederlassung in Malmö. Die Vollstreckung von Urteilsforderungen im Auslande ist erfahrunggemäß mit größeren Schwierigkeiten verbunden als eine Vollstreckung im Inlande. In dieser ungünstigen Lage würde sich die Beklagte befinden, wenn das Vorbehaltsurteil rechtskräftig und nachträglich der Gegenanspruch der Beklagten sich als begründet erweisen würde. Es erscheint daher regelmäßig und auch im vorliegenden Fall nicht angebracht, einem inländischen Schuldner gegenüber einem ausländischen Gläubiger die Vorteile der Aufrechnungsmöglichkeit und der dadurch bedingten günstigeren Prozeßlage zu versagen.

Aus den angegebenen Gründen war das angefochtene Vorbehaltsurteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen, ohne daß es eines Eingehens auf die Frage des rechtlichen Zusammenhangs von Klag-

anspruch und Gegenforderung, der hier vielleicht aus den von der Beklagten dafür geltend gemachten Gründen anzuerkennen wäre, bedurfte.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 4. Jan. 1917. Akt. Bol. w. L. Bf. VI. 304/16. Nö.

---

149. Hat eine Partei gegen die andere einen Anspruch auf Berichtigung einer Urkunde?

ZPO. § 415.

In dem notariellen Pachtvertrage v. 7. Juni 1913, durch den die Gemeinde W. gewisse Grundstücke zur industriellen Ausbeutung der Erde den Fabrikanten Gebr. M. in Ch. auf eine Reihe von Jahren überlassen hatte, war den Pächtern auch das Recht eingeräumt, die Gemeindewege und Gräben auf die Vertragsdauer zur Legung von Geleisübergängen zu benutzen. In der Folgezeit behaupteten die Pächter, es sei vereinbart worden, daß ihnen dieses Recht ständig, auch nach Ablauf des Pachtvertrags zustehen solle, die Worte „auf die Vertragsdauer" seien nur durch ein Versehen des Notars in die Urkunde gekommen und von ihnen beim Vorlesen überhört worden. Sie verlangten die Streichung dieser Worte und verweigerten die Zahlung der Pacht als die Gemeinde dieses Ansinnen ablehnte. Gegen die von der Gemeinde eingeleitete Zw.-Vollstreckung der vollstreckbaren Urkunde erhoben sie Klage mit dem Antrage, die Zw.-Vollstreckung für unzulässig zu erklären, weil ihnen bis zu der begehrten Berichtigung das Recht auf Zurückbehaltung der Pachtsumme zustehe. — Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„——— Die Kläger gründen ihre Einwendungen gegen die Zw.-Vollstreckung aus der Urkunde v. 7. Juni 1913 auf ein Zurückbehaltungsrecht i. S. des § 273 BGB. Es liegt ihnen daher ob, darzutun, daß ihnen aus dem Rechtsverhältnis, auf dem ihre Verpflichtung beruht, ein fälliger Anspruch gegen die Beklagte zustehe. Einen solchen Anspruch erblicken die Kläger in der von ihnen behaupteten rechtlichen Befugnis, von der Beklagten die Berichtigung der notariellen Urkunde in der Weise zu verlangen, daß sie in die Streichung bestimmter, angeblich durch ein Versehen in die Urkunde gekommener Worte und in deren Ersetzung durch bestimmte andre Worte willige. Die Kläger machen nicht die Nichtigkeit des Vertrags v. 7. Juni 1913 geltend, sie richten ihren Antrag auch nicht auf die Feststellung, daß die Vertragsurkunde einen unrichtigen Inhalt habe; sie wollen im Gegenteil den Vertrag aufrechterhalten wissen, verlangen aber, daß eine bestimmte Stelle in der Urkunde ihren Behauptungen entsprechend geändert werde, und weigern sich, insolange ihrer Zahlungspflicht zu genügen, die sie an sich nicht in Abrede stellen.

Ein Berichtigungsanspruch, wie ihn die Kläger geltend machen, ist aber dem bürgerlichen Recht fremd; er kann dem Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags gegenüber nicht als ein in diesem enthaltenes, weniger

weitgehendes Begehren aufgefaßt werden, sondern ist ein von ihm völlig verschiedenes und wesentlich andres Verlangen. Es gibt weder eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift, auf die das Verlangen einer Urkundenberichtigung in der von den Klägern begehrten Art gestützt werden könnte, noch läßt sich aus den die Beurkundung von Rechtsgeschäften und Willenserklärungen regelnden Rechtsvorschriften ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts ableiten, daß überall, wo sich nach der Behauptung eines der Vertragschließenden in einer Urkunde Unrichtiges findet, auch ein Recht auf Richtigstellung und eine entsprechende Pflicht zur Vornahme der Berichtigung gegeben sei. Der von den Klägern geltend gemachte Berichtigungsanspruch kann namentlich nicht aus dem § 415 Abs. 1 ZPO. abgeleitet werden. Diese Gesetzesstelle enthält nur die besondere prozeßrechtliche Bestimmung, daß einer öffentlichen Urkunde gegenüber der Beweis der unrichtigen Beurkundung des Vorganges, also insbesondere der Beweis zulässig sein soll, daß die beurkundete Erklärung von der in der Urkunde bezeichneten Person überhaupt nicht, oder nicht so, wie sie beurkundet wurde, abgegeben worden sei (Seuffert ZPO. Anm. 4 zu § 415). Sie schafft aber keinen materiellen Rechtsbehelf in dem Sinne, daß die Berichtigung der unrichtigen Beurkundung ohne weiteres verlangt und durch Klage, Einrede, Übung des Zurückbehaltungsrechts geltend gemacht werden könnte. Die Kläger vermögen sich für ihre Darlegung, daß aus einer an irgendeiner Stelle Unrichtiges enthaltenden Urkunde nicht vollstreckt werden dürfe, nicht auf die von ihnen angeführte Entscheidung des Reichsgerichts v. 28. Febr. 1902 (RGEntsch. 50, 420) zu berufen. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich ebenso wie der Tatbestand der ihr folgenden Erkenntnisse v. 29. Nov. 1907, 6. Nov. 1911 und 24. Mai 1916 (Warn. Rspr. 1, 552 Nr. 681 und JW. 1912, 87 und 1916, 1113) von dem hier vorliegenden Fall schon dadurch, daß in den dort entschiedenen Sachen die unrichtige Beurkundung eines Teils der Urkunde die unmittelbare Grundlage für die Einwendung gegen die Zw.-Vollstreckung bildet, während hier die nach Maßgabe des § 415 Abs. 2 zu beweisende Tatsache der unrichtigen Beurkundung erst einen Anspruch schaffen soll, der die widersprechende Partei berechtigt, die aus der vollstreckbaren Urkunde geschuldete Leistung bis zur Erfüllung des Anspruchs zu verweigern. Da ein gesetzlicher Anhaltspunkt für den von den Klägern geltend gemachten Anspruch auf Berichtigung der Urkunde nicht besteht, kann darauf ein Zurückbehaltungsrecht nicht gestützt werden. Den Klägern steht daher eine begründete Einwendung gegen die von der Beklagten eingeleitete Zw.-Vollstreckung nicht zu Gebote. — — —"

Urteil des Obersten LG. f. Bayern (2. Sen.) v. 9. Oktober 1916. Reg. I. 53/16. BayObLGZ. 17, 205.

150. Auslegung der Pfändungsformel „gepfändet bis zur Höhe der Forderung des Gläubigers".

(Vgl. 40 Nr. 328; 44 Nr. 295.)
ZPO. §§ 803. 829.

Die Beklagte hatte wegen einer Forderung von 1000 ℳ an die Frau E. die Forderung pfänden lassen, die der E. in der Höhe von 2000 ℳ gegen den Kläger zustand. Diese wurde bis zur Höhe der Forderung der Beklagten gegen Frau E., gepfändet und der Beklagten zur Einziehung überwiesen. Die Beklagte machte von dem der Frau E. eingeräumten außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch. Der Kläger C. bestritt die Gültigkeit der Kündigung und erhob Feststellungsklage. Er ging davon aus, daß nicht die ganze Forderung der E., sondern nur der der Forderung des Beklagten entsprechende Teil gepfändet worden sei. — In 2. Instanz wurde diese Anschauung mit folgender Begründung verworfen:

„Der Anschauung des Klägers, daß durch den Pfändungsbeschluß nicht die ganze Forderung der Frau E. an ihn gepfändet und der Beklagten zur Einziehung überwiesen worden sei, sondern nur der Teil, der der Forderung der Beklagten an Frau E. entspricht, kann nicht beigetreten werden. Der Wortlaut des Pfändungsbeschlusses „die dem Schuldner in der Höhe von 2000 ℳ zustehende Forderung wird bis zur Höhe der gläubigerischen Forderung gepfändet" ist in dieser Beziehung zwar nicht ganz deutlich. Es ist dem Vertreter des Klägers zuzugeben, daß er auch dahin ausgelegt werden kann, daß die Pfändung auf den Betrag der Forderung des Beklagten an Frau E. beschränkt sein solle. Diese Auslegung würde aber der allgemein üblichen nicht entsprechen. Für gewöhnlich nimmt man an, daß die Pfändung einer Forderung sich auf deren Vollbetrag erstreckt, auch wenn der Anspruch, zu dessen Gunsten gepfändet wird, diesen Betrag nicht erreicht, und daß der Zusatz „bis zur Höhe der gläubigerischen Forderung" nur für die Geltendmachung des Pfändungspfandrechts die Schranke bilden soll. Daß diese Auslegung der Praxis entspricht, ergibt auch die Fassung des Eintrags der Pfändung in das Grundbuch, die dahin lautet, daß die Forderung der Frau E. für die Firma B. zugunsten von 1000 ℳ rc. gepfändet sei. Der Grundbuchbeamte ging also davon aus, daß die ganze Forderung der Frau E. gepfändet worden sei. Mit dieser Auslegung stimmt auch überein, was Stein ZPO. zu § 829 bemerkt. Obgleich er die Bestimmung des § 803 Abs. 1 Satz 2 ZPO. auch auf Geldforderungen für anwendbar erklärt, nimmt er doch an, daß regelmäßig die ganze Forderung zu pfänden sei, auch wenn sie die zu vollstreckende Forderung übersteigt, daß das Pfandrecht sich auf die ganze Forderung erstrecke, auch wenn die beizutreibende Forderung geringer ist (§ 829 A. II. 4 und IV. 1).

In der Regel wird dem Antrage des Gläubigers stattzugeben sein; beantragt nicht der Gläubiger selbst, eine Forderung nur zum Teil zu pfänden, so wird auch das Vollstr.-Gericht keinen Anlaß haben, die Pfändung auf einen Teil der zu pfändenden Forderung zu beschränken. Die Bestimmung des

§ 803 Abs. 1 Satz 2 ZPO. läßt sich bei Geldforderungen nicht schlechthin durchführen. Eine bewegliche Sache, die gepfändet werden soll, trägt ihren Wert in sich; seine Feststellung macht dem Gerichtsvollzieher in der Regel keine Schwierigkeit. Der Wert einer Geldforderung hängt aber von verschiedenen Umständen ab, die das Vollstr.-Gericht für gewöhnlich nicht leicht überschauen und beurteilen kann. Selbst Jaeger, der die vom Kläger vertretene Ansicht verteidigt (LeipzZ. 3, 194) bemerkt, daß jeder Antrag, der nicht eine Beschränkung enthält, das Begehren der vollen Pfändung enthalte. Es ist nicht anzunehmen, auch vom Kläger nicht behauptet, daß die Beklagte selbst ihren Pfändungsantrag auf den ihrer Forderung entsprechenden Teil der zu pfändenden Forderung der Frau E. beschränkt habe. Sie hätte gegen eine solche Beschränkung wohl Bedenken getragen, da der zu pfändenden Forderung erhebliche Hypotheken vorgingen, die zu pfändende Forderung also nur geringe Sicherheit bot. Auch nach Jaeger mußte deshalb die ganze Forderung gepfändet werden. Dazu kommt, daß auch E. selbst, wenigstens im Anfange, den Pfändungsbeschluß dahin aufgefaßt hat, daß dadurch die ganze Forderung gepfändet worden sei; denn er hat nach seiner eigenen Angabe die am 1. Nov. 1913 fällig gewordenen Zinsen aus dem ganzen Kapital an die Beklagte gezahlt. Es führt auch nur die hier vertretene Auslegung zu einem befriedigenden Ergebnis. Wenn man der Anschauung des Klägers folgen wollte, könnte es leicht vorkommen, daß ein Gläubiger trotz erwirkter Pfändung nicht befriedigt wird. Das Ber.-Gericht nimmt deshalb an, daß die Pfändung sich auf die ganze Forderung der Frau E. bezog.

Daraus ergibt sich, daß der Kläger die Zinsen aus dem ganzen der Frau E. geschuldeten Kapital an die Beklagte zu zahlen hatte (§ 1289 BGB.). Durch die Überweisung der Forderung zur Einziehung trat die Beklagte in Ansehung der Geltendmachung der gepfändeten Forderung, soweit ihre Forderung reichte, an die Stelle der Schuldnerin E. Die Beklagte war berechtigt, die gepfändete Forderung insoweit einzuziehen (§ 1282 Abs. 1 BGB.). Daraus ergibt sich von selbst ihre Befugnis, das Kapital zu kündigen (Stein § 829 A. IV. 1). Die Bestimmungen über die Kündigung im Vertrage v. 30. Okt. 1911 galten auch für die Beklagte."

Urteil des OLG. zu Bamberg (1. Sen.) v. 9. Febr. 1917. — L 153/15 — Chr.

---

151. Vollziehung der einstweiligen Verfügung mit der Zustellung an den Gegner.

Vgl. 66 Nr. 83 m. N.; 70 Nr. 232.
ZPO. §§ 936. 929 Abs. 2.

Durch einstweil. Verfügung des Landgerichts Hamburg v. 11. Mai 1915 war dem Schuldner auferlegt worden, die ihm von dem Kaufmann Karl L. übergebenen, der Antragstellerin gehörigen vier Ballen Leder an die Antragstellerin herauszugeben. Diese einstweil. Verfügung war dem Schuldner

am 15. Mai 1915 zugestellt worden. Nach dem Pfandprotokoll vom selbigen Tage war die Zw.-Vollstreckung fruchtlos ausgefallen, insofern die vier Ballen beim Schuldner nicht gefunden waren und der Schuldner sich geweigert hatte, die Stelle, wo das Leder am dritten Ort lagere, anzugeben. Die Gläubigerin lud darauf den Schuldner zur Ableistung des Offenbarungseides nach § 883 ZPO. vor das Amtsgericht H. Der Schuldner bestritt seine Verpflichtung zur Eidesleistung, weil er gegen ein in der Hauptsache selbst gegen ihn ergangenes Urteil Berufung eingelegt habe. Das Amtsgericht verwarf den Widerspruch. Der Schuldner legte sofortige Beschwerde ein mit der Begründung, daß die im § 929 Abs. 2 mit § 936 ZPO. vorgesehene Frist nicht innegehalten sei, womit er beim Landgericht durchdrang. Das Oberlandesgericht stellte auf weitere Beschwerde des Gläubigers den Beschluß des Amtsgerichts wieder her mit folgender Begründung:

„Nach § 929 Abs. 2 ZPO. ist die Vollziehung eines Arrestbefehls unstatthaft, wenn seit dem Tage, an dem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch er erging, zugestellt worden, ein Monat verstrichen ist. Nach § 936 ZPO. sind die Vorschriften, die für diese Anordnung von Arresten und das Arrestverfahren gegeben sind, auf die Erlassung einstweil. Verfügungen und das weitere Verfahren entsprechend anzuwenden, soweit nicht besondere Vorschriften gegeben sind. Hinsichtlich einer gesetzlichen Befristung der Gültigkeitsdauer einstweil. Verfügungen sind besondere Vorschriften nicht erlassen. Es fragt sich daher, ob auch der § 929 Abs. 2 ZPO. auf einstweil. Verfügungen anzuwenden ist.

Diese Vorschrift verfolgt den Zweck, der aus der Veränderlichkeit aller Verhältnisse sich ergebenden Gefahr zu begegnen, daß zur Zeit der Vollziehung des Arrestes die Umstände, die zu seiner Anordnung führten, sich so geändert haben, daß das Gericht den Arrest bei dieser veränderten Sachlage nicht oder nicht in dem Umfange erlassen haben würde. Dieselbe Gefahr besteht aber wegen der Vielseitigkeit einstweil. Verfügungen und weil sie der Befriedigung, Arreste aber nur der Sicherung des Gläubigers dienen, in noch höherem Maße bei ihrer Anordnung. Demgemäß erscheint es geboten, die Vorschrift des § 929 Abs. 2 ZPO. auch auf das Verfahren über den Erlaß einstweil. Verfügungen anzuwenden.

Nach den §§ 930. 932 ZPO. erfolgt die Vollziehung des dinglichen Arrestes bei beweglichen Sachen durch Pfändung, bei Grundstücken durch Eintragung einer Sicherungshypothek. Diese Vorschriften passen nicht auf das Verfahren über einstweil. Verfügungen, eben weil diese nicht der bloßen Sicherung des Gläubigers dienen; sie lassen daher eine entsprechende Anwendung auf die in Rede stehende Verfahrensart überhaupt nicht zu (RGEntsch. 36, 391, in SeuffA. 52 Nr. 132). Also versteht das Gesetz bei einstweil. Verfügungen unter dem Begriff „Vollziehung" etwas andres als bei Arresten. Insbesondere kann die Zw.-Vollstreckung aus einer einstweil. Verfügung nicht als solche iden-

tisch sein mit ihrer Vollziehung im Sinn des Gesetzes. Das ergibt sich schon daraus, daß bei großen Gruppen einstweil. Verfügungen, insbesondere soweit sie eine bloße Ermächtigung erteilen, z. B. Getrenntleben von Ehegatten, oder ein Verbot aussprechen, z. B. gewisse Behauptungen nicht aufzustellen, eine Zw.-Vollstreckung der Verfügung als solcher ausgeschlossen ist.

Kann aber die Zw.-Vollstreckung nicht die Vollziehung der einstweil. Verfügung bedeuten, so muß das Gesetz darunter notwendigerweise einen weiter zurückliegenden Rechtsakt verstanden wissen wollen. Als solcher kann aber nur die Zustellung des die Verfügung erlassenden Beschlusses oder verkündenden Urteils an den Schuldner in Frage kommen. Diese ist der Rechtsakt, durch welchen der die einstweil. Verfügung anordnende Befehl des Gerichts und zugleich der Wille des Gläubigers, dem Befehl kraft des das gesamte Verfahren beherrschenden Parteibetriebes Geltung zu verschaffen, dem Gegner zur Kenntnis gebracht werden. Mithin geschieht diese Zustellung zum Zweck der Vollziehung der einstweil. Verfügung und ist, je nachdem eine Zuwiderhandlung erfolgt oder nicht, ihr erster oder ihr einziger Akt. Daraus ergibt sich, daß die Zustellung an den Gegner zur Vollziehung der einstweil. Verfügung erforderlich, aber auch genügend ist.

So hat denn auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung erkannt:

vgl. Entsch. 21, 416 (SeuffA. 44 Nr. 154); 51, 129; 67, 159; ebenso der jetzt erkennende Senat in HansGerZ. Beibl. 1902 Nr. 44 S. 70. — A. M. der 5. Senat des OLG. in HansGerZ. Beibl. 1910 Nr. 24, S. 32, aufgehoben vom RG., SeuffA. 66 Nr. 83.

Im vorliegenden Fall ist die einstweil. Verfügung bereits vier Tage nach ihrer Anordnung dem Schuldner zugestellt worden, sodaß die in Rede stehende Frist jedenfalls gewahrt ist.

Der angefochtene Beschluß des Landgerichts war daher aufzuheben und der amtsgerichtliche Beschluß wiederherzustellen."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 28. Okt. 1915 in der Hamb. Sache Schles. Sch. u. B. Industrie (Kl.) w. O. Bs. Z. III. 147/15. B.

---

152. Haftet der Konkursverwalter auch für Versehen, die im Schlußtermin nicht gerügt sind?

Vgl. 68 Nr. 30 (anders).

KO. § 86.

Der Kläger (Gemeinschuldner) behauptet zur Begründung der Klage, der Beklagte habe die ihm als Konk.-Verwalter obliegenden Pflichten mehrfach verletzt und der Kläger sei durch jede dieser Verletzungen geschädigt worden. Treffen diese Behauptungen zu, so hat der Kläger gegen den Beklagten durch jede Verletzung einen Anspruch auf Ersatz des Schadens erworben, der ihm durch sie erwachsen ist (KO. § 82). Der Beklagte wendet gegen die Klaganspruche ein, der Kläger habe die Umstände, aus denen er jetzt seine Ansprüche herleite, nicht auch schon in der Gläubigerversammlung v. 12. April 1912 geltend gemacht,

in der der Beklagte die Schlußrechnung gelegt habe. Ist dies richtig, so sind die Ansprüche des Klägers erloschen, denn die Schlußrechnung gilt, soweit in der Versammlung Einwendungen nicht erhoben werden, als anerkannt (§ 86 Satz 4).

Der Kläger meint, diese Folge trete nicht hinsichtlich aller Einwendungen ein, sondern nur hinsichtlich der Einwendungen gegen Punkte, die in der Rechnung erwähnt seien. Eine solche Einschränkung der Ausschlußwirkung ist jedoch weder aus der angezogenen Gesetzesstelle selbst, noch aus andern Umständen zu entnehmen. Die Verwaltung ist für die Schlußrechnung und für deren Anerkennung eine Einheit und jene Gesetzesstelle hat den Zweck, die aus der Geschäftsführung des Verwalters geltend zu machenden Ansprüche zu begrenzen (Mot. z. KO. 2, 308). Die Schlußrechnung ist unvollständig, wenn sie nicht alle Handlungen und Unterlassungen, die zur Verwaltung gehören, umfaßt, sondern sich auf eine oder mehrere von ihnen nicht mit erstreckt. Sie ist vor der Versammlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen (§ 86 Satz 2), damit jeder, zu dessen Einsicht die Hinterlegung geschieht, darunter der Gemeinschuldner (Satz 3), schon vor der Versammlung prüfen kann, ob sich die Ansprüche, die er sich gegen den Verwalter als solchen aus irgendeinem Grunde zuschreibt, aus der Schlußrechnung ergeben oder nicht, sowie ob ihnen die Schlußrechnung entgegensteht. Die Behauptung, daß die Schlußrechnung in dieser oder in anderer Richtung unvollständig oder unrichtig sei, gehört zu den Einwendungen, auf die sich § 86 bezieht. Daher ist, wenn eine solche Behauptung nicht aufgestellt wird, als anerkannt anzusehen, daß die Schlußrechnung sowohl vollständig als richtig sei. Dasselbe gilt, wenn die Unvollständigkeit und Unrichtigkeit ungerügt bleiben, obwohl, wie im vorliegenden Fall, der Verwalter in der Schlußrechnung ausdrücklich erklärt hat, daß er nicht über jede einzelne Angelegenheit berichte, aber auf Verlangen bereit sei, dies noch zu tun. Die Anerkennung hat zur Folge, daß der Verwalter aus Handlungen und Unterlassungen, die in der Rechnung unerwähnt geblieben sind, nicht in Anspruch genommen werden kann; sie wirkt wie ein Verzicht auf die Ergänzung und auf die Berichtigung der Schlußrechnung und auf die Ansprüche, die, wenn die Berichtigung und Ergänzung erfolgten, erhoben werden könnten, und zwar tritt diese Wirkung ohne Rücksicht auf den Grund ein (Jaeger KO⁵, § 86 Anm. 6), aus dem die Einwendungen unerhoben geblieben sind.

Der Kläger behauptet, er habe sich in der Versammlung die Klagansprüche vorbehalten; indessen ist in den Umständen, die er dazu anführt, ein Vorbehalt, der wirksam wäre, nicht zu finden. Der Kläger hat beim Konk.-Gericht schon vor der Versammlung zwei Schriftsätze v. 16. und 31. Jan. 1912 eingereicht und zu dem zweiten von ihnen, wie das auch vermerkt ist, am 3. Febr. 1912 — also längst vor der Versammlung v. 12. April 1912 — mündlich nachgetragen, daß er bei seinen früheren Einwendungen, auch soweit er sie nicht wieder berührt habe, stehen bleibe, und in dem ersten Schriftsatz hatte er zwar

nicht alle, aber doch einige von den Punkten gerügt, auf die er jetzt die Klage stützt. Die Schlußrechnung gilt jedoch trotz dieser Einwendungen als anerkannt, denn Einwendungen müssen, wenn sie das Anerkenntnis ausschließen sollen, in der Versammlung selbst (KO. § 86 Satz 4) erhoben werden, und der Kläger hat sie in der Versammlung, wie das Vereinsprotokoll zeigt, nicht wiederholt. Hieran ändert sich auch nichts, wenn die in dem Protokoll enthaltene Erklärung des Klägers: „Meine Einwendungen gegen die Schlußrechnung des Verwalters sind durch den Beschluß der Beschwerdekammer erledigt" nicht auf alle Einwendungen, die der Kläger bis dahin überhaupt erhoben hatte, sondern nur auf diejenigen von ihnen zu beziehen ist, mit denen das Landgericht auf seine Beschwerde befaßt gewesen war; denn diese Einwendungen betrafen zwar nicht die Punkte, die der Kläger mit der Klage geltend macht, aber die unmittelbare Fortsetzung der Erklärung, die der Kläger in der Versammlung abgegeben hat, lautet: „Weitere Einwendungen habe ich gegen diese nicht, ich behalte mir jedoch vor, gegen den Beschluß weitere Beschwerde einzulegen". Damit hat er auf alle Einwendungen, die er gegen die Schlußrechnung erhoben habe oder erheben könnte, verzichtet. Er hat diesen Verzicht zwar dahin eingeschränkt, daß er sich nicht mit auf die Einwendungen erstrecken solle, die von den durch das Landgericht in seinem Beschluß erledigten Beschwerden der Parteien betroffen worden seien, aber bei keiner dieser Beschwerden hatte es sich um die Einwendungen gehandelt, die der Kläger mit der Klage verfolgt.

Urteil des OLG. zu Dresden (4. Sen.) v. 26. Sept. 1916. 4 O. 79/16.
Schm.

I. Bürgerliches Recht.

153. Einfluß des Krieges auf die Preisbestimmung in langfristigen vorher abgeschlossenen Bierlieferungsverträgen?* Ergänzung des Vertragsinhalts durch Auslegung.**

*Vgl. 70 Nr. 100 und 209 m. N. — **Vgl. 72 Nr. 67 m. N.
BGB. §§ 157. 242.

Die Kläger hatten sich durch Vertrag v. 1. Juli 1911 verpflichtet, auf zehn Jahre den gesamten Bedarf an Bier für ihre Wirtschaft von dem Bierbrauereibesitzer Otto W., dem verstorbenen Ehemann der Beklagten, zu beziehen; dabei ward der Bierpreis auf 16 ₰ für den Liter festgesetzt. Auf Grund dieses Vertrages bezogen die Kläger bis zum Herbst 1915 ihren ganzen Bierbedarf von Otto W. und nach seinem Ableben von seiner Witwe und Alleinerbin, der Beklagten. Im November 1915 verlangte diese im Hinblick auf die durch den Krieg herbeigeführte Änderung der Lage 20 ₰ für den Liter und stellte, da die Kläger hierauf nicht eingingen, die Bierlieferung ein. Die Kläger beantragten, die Beklagte zu verurteilen, bis zum 30. Juni 1921 ihnen ihren Bierbedarf um 16 ₰ für den Liter zu liefern, jedoch auf die Dauer der reichsgesetzlichen Kontingentierung des Malzverbrauchs nur die Menge, die sich aus dem für die Beklagte unter Berücksichtigung der Jahre 1912 und 1913 treffenden Malzkontingente berechnen. Die Beklagte machte geltend, um 16 ₰ für den Liter könne das Bier wegen der durch den Krieg hervorgerufenen grundlegenden Änderung der Verhältnisse unmöglich geliefert werden; sie habe selbst die Brautätigkeit eingestellt, ihr Malzkontingent an den Bierbrauer B. abgetreten, von dem sie die entsprechenden Biermengen um 24 ₰ für den Liter erhalte, und sei bereit, den Klägern künftighin Bier aus der Brauerei des B. zu dem gleichen Preise zu liefern; die Kläger hätten dabei, da der Ausschankpreis, der früher 22 ₰ für den Liter betrug, nunmehr auf 30 ₰ gestiegen sei, den gleichen Nutzen wie früher, nämlich 6 ₰ am Liter. — Die Klage wurde abgewiesen, die Berufung der Kläger blieb erfolglos. Aus den Gründen:

„Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die Beklagte trotz der durch den Krieg hervorgerufenen außerordentlichen Steigerung der Herstellungskosten nach wie vor verpflichtet sei, den Klägern das Bier um 16 ℳ für den Hektoliter zu liefern.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt die sogenannte clausula rebus sic stantibus als allgemeinen Rechtssatz nicht an, räumt vielmehr einer späteren Änderung der Verhältnisse nur in gewissen Ausnahmefällen (z. B. §§ 321. 605 Nr. 1, 610 BGB., vgl. auch § 323 ZPO.) Einfluß auf die Fortdauer der früheren Vereinbarungen ein. Wohl aber kann die durch § 157 BGB. gebotene Auslegung des Vertrags nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dazu führen, daß eine Partei infolge veränderter Umstände an ihr Versprechen nicht mehr gebunden ist (Staudinger BGB. 7/8 Bem. 4 Abs. 3 zu § 157). Durch Auslegung kann der Inhalt eines Vertrages insoweit ergänzt werden, als gewisse Punkte nicht geregelt sind; auch Rechtsfolgen, an die der Erklärende garnicht gedacht hat, können als sinngemäße Folge des in der Erklärung zum Ausdruck gebrachten Geschäftswillens erscheinen und demgemäß als in der Erklärung mitumfaßt gelten, weil die gegenteilige Annahme mit dem Inhalt der Erklärung in Widerspruch stände. In solchen Fällen wird vom Richter eine von den Beteiligten nicht getroffene Regelung aus dem Zweck und dem Inhalt des Erklärten im Sinne der Beteiligten so ergänzt, wie diese sie getroffen hätten, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten; dabei ist das, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, als gewollt zu unterstellen, gleichviel, ob dies der unausgesprochenen Absicht der Beteiligten entspricht oder nicht;

Planck BGB[4] Bem. 5 zu § 133, Bem. 2 Abs. 2 zu § 157; Komm. v. RGRäten[2] Bem. 1 zu § 157 und die dort erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts, insbes. Urteil v. 3. Mai 1912 in JW. 1912, 742[3] und SeuffA. 67 Nr. 194.

Vorausgesetzt wird dabei allerdings, daß der Vertrag innerhalb seines tatsächlich gegebenen Rahmens oder innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen eine ersichtliche Lücke aufweist, während die Ergänzung des Parteiwillens unzulässig ist, wenn sie zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes selbst führen soll (RGEntsch. 87, 213ff.) oder eine Änderung oder Einschränkung des in der Vertragsurkunde erklärten Vertragswillens enthalten würde (SeuffA. 72 Nr. 67).

Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall führt zu dem Ergebnis, daß eine der Ausfüllung durch Auslegung bedürftige Lücke des Vertrags v. 1. Juli 1911 vorhanden ist. Über die Frage, ob die Kläger das Bier von der Beklagten auch dann zum Preise von 16 ₰ für den Liter zu beziehen berechtigt sind, wenn sich der Bierpreis im allgemeinen erhöht, enthält der Vertrag selbst keine Bestimmung. Es mag sein, daß, wie die Kläger behaupten, ausdrücklich vereinbart wurde, auch in diesem Falle solle der Bierpreis bis zum 1. Juli 1921 im Verhältnis zwischen den Parteien der gleiche

bleiben. Eine derartige Vereinbarung hatte aber nach der Überzeugung des Senats unzweifelhaft nur die Bedeutung, daß eine unter regelmäßigen Verhältnissen eintretende geringfügige Erhöhung des Preises, wie sie für die Folgezeit als wahrscheinlich vorauszusehen war, auf die Verpflichtung der Beklagten, den Klägern das Bier um 16 ₰ für den Liter zu liefern, keinen Einfluß üben sollte. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um etwas wesentlich anderes, nämlich um eine grundlegende Umwälzung der für die Festsetzung des Bierpreises maßgebenden Verhältnisse durch den Krieg. Wie der Sachverständige S. überzeugend dargelegt hat, sind seit Kriegsbeginn die zur Erzeugung des Biers erforderlichen Rohstoffe, insbesondere die Gerste, so außerordentlich im Preise gestiegen, daß der Herstellungspreis für einen Hektoliter, der sich zu Beginn des Krieges auf etwa 10 bis 12 ℳ berechnete, zurzeit mehr als 19 ℳ beträgt; es ist denn auch der Verkaufspreis des Biers überall im gleichen Verhältnis gestiegen, und zwar in den hier in Betracht kommenden Gegenden Niederbayerns von 20 bis 24 ₰ auf 30 ₰ für den Liter. Die Kläger selbst beanspruchen nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung der Beklagten für das von ihnen ausgeschenkte Bier diesen Preis. Es ist selbstverständlich, daß die Parteien, wenn sie bei Abschluß des Vertrages v. 1. Juli 1911 die Möglichkeit ins Auge gefaßt hätten, daß der Herstellungspreis des Biers innerhalb des vom Vertrag umfaßten Zeitraumes auf mehr als 19 ℳ für den Hektoliter steigen werde, für diesen Fall an dem Preis von 16 ℳ für den Hektoliter nicht festgehalten hätten, da der Brauerei unmöglich zugemutet werden konnte, mit dem sich hieraus notwendigerweise ergebenden Verlust zu arbeiten, während der entsprechende, schon seiner Höhe nach als Kriegswucher erscheinende Gewinn ausschließlich in die Tasche des Wirts fließen würde. Der Sachverständige hat denn auch bestätigt, daß die Preisfrage zwischen Wirt und Brauerei selbst bei langfristigen Bierlieferungsverträgen allgemein dahin geregelt wurde, daß der Wirt künftighin an die Brauerei um so viel mehr zu zahlen hat, als der Ausschankpreis gegenüber der Friedenszeit erhöht wurde. Darin kommt zum Ausdruck, daß eine Auslegung des Vertrages, wie sie die Kläger verlangen, der Verkehrssitte ebenso wie den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht.

Die Frage, ob das Verlangen der Kläger nicht wenigstens für die Zeit vom seinerzeitigen Kriegsende bis zum Ablauf der Vertragsperiode berechtigt wäre, bedarf keiner Prüfung, da der Senat mit dem Landgericht annimmt, daß eine wesentliche Verminderung der zurzeit hinsichtlich der Bierproduktionskosten bestehenden Verhältnisse bis zum 1. Juli 1921 nicht eintreten wird. Die Anschauung der Kläger, daß zum mindesten auf die Verpflichtung der Beklagten zur Lieferung gegen einen vom Richter festzusetzenden höheren Einheitspreis hätte erkannt werden müssen, ist unzutreffend, weil die Kläger einen dahingehenden Hülfsantrag nicht gestellt haben. — — —"

Urteil des OLG. **München** (1. Sen.) v. 18. Juni 1917 M. w. W. I, 69/17.

F—z.

---

154. Rechtliche Natur der Beitragszeichnung für ein gemeinnütziges Unternehmen.

Vgl. 55 Nr. 136; 71 Nr. 39. 82.
BGB. §§ 320. 525. 705. 780.

Als die elektrische Straßenbahn von N. nach Schn. verlängert wurde, verpflichtete die Gemeinde Schn. sich der Straßenbahngesellschaft gegenüber zu einem Beitrag von 225000 ℳ. Die Gemeinde ließ, bevor dieser Vertrag abgeschlossen wurde, Sammelbögen umlaufen, um Beiträge bei den Interessenten zeichnen zu lassen. Der Beklagte trug sich mit einem Jahresbeitrag von 200 ℳ in einem solchen Sammelbogen ein, der überschrieben ist: Verzeichnis über freiwillige Beiträge zu den Kosten der Verlängerung der elektrischen Straßenbahn von N. nach Schn.; er setzte seinen Namen eigenhändig daneben. Es heißt in diesem Verzeichnis, daß die nachstehend verzeichneten Personen sich durch Namensunterschrift verpflichten, zu den vorbezeichneten Kosten die bei ihrem Namen eingetragene Summe alljährlich, und zwar auf die Dauer von 5 Jahren, an die Gemeindekasse zu Schn. zu zahlen. — Nachdem die verlängerte Bahn im Dezember 1912 in Betrieb gesetzt war, klagte die Gemeinde die ersten drei Jahresbeiträge mit zusammen 600 ℳ ein. Der Beklagte wurde verurteilt, und zwar in 2. Instanz aus folgenden Gründen:

„Der erhobene Klaganspruch wird auf die Eintragung seitens des Beklagten in die vorgelegte Zeichnungsliste gestützt, und es ist daher zunächst zu prüfen, ob hierdurch, was der Beklagte bestreitet, eine rechtsgültige Verbindlichkeit begründet worden ist. Wenn der Beklagte einwendet, es habe durch die Einzeichnung überhaupt keine Verbindlichkeit erzeugt werden sollen, sondern der Zweck des Einsammelns der Unterschriften habe darin bestanden, zunächst einmal eine vorläufige Übersicht darüber zu erhalten, wieviel Geld für jedes der verschiedenen Projekte, die damals zur Erörterung standen, seitens der Interessenten aufgebracht werden könnte, so widerspricht dies geradezu dem Wortlaut der Urkunde. Hier heißt es ausdrücklich, daß der Zeichner sich zu bestimmten Beiträgen zu den Bahnbaukosten verpflichtet, die an die Gemeindekasse zu entrichten sind.

Zweifelhaft kann es sein, wie diese vom Beklagten übernommene Zahlungsverpflichtung sich rechtlich darstellt. Während in einem Prozeß gegen einen andern Zeichner, der den gleichen Zeichnungsschein unterzeichnet hatte, das Landgericht in der Ber.-Instanz angenommen hat, es liege ein abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB. vor, ist im angefochtenen Urteil ausgeführt, daß es sich um einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag handle, durch den die Gemeinde sich als Gegenleistung für die Beitragszeichnung verpflichtet habe, durch ihr Handeln einen bestimmten Erfolg, nämlich die Ausführung des Bahnbaues durch einen Dritten, herbeizuführen. Das jetzt erkennende Gericht sieht sich nicht in der Lage, dieser Auffassung beizutreten. Es kam dem Zeichner nicht darauf an, daß die Gemeinde eine besondere

Tätigkeit entfaltete, um das Zustandekommen des Bahnbaues zu fördern oder zu sichern, sondern wesentlich war für ihn lediglich die Tatsache, daß die Bahn gebaut werde und hierfür seitens der Gemeinde Kosten aufgewendet wurden. Auch die Aufwendung besonderer Bemühungen seitens der Gemeinde konnte anderseits die Einziehung der gezeichneten Kostenbeiträge nicht rechtfertigen, wenn der Erfolg, der Bau der Straßenbahn, den ein Dritter vornehmen sollte, nicht eintrat. Das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages i. S. der §§ 320ff. BGB. ist daher abzulehnen.

Auch eine Schenkung, die wegen Mangels der vorgeschriebenen Form ungültig sein würde, liegt nicht vor. In der Zeichnung von Beiträgen zu den der Gemeinde erwachsenden Straßenbaukosten liegt eine Freigebigkeit seitens der Zeichner, die freiwillig — wie auch der Ausdruck „freiwillige Beiträge" im Zeichnungsschein besagt — Geld aus ihrem Vermögen herzugeben sich verpflichtet haben. Mochten ihre Beweggründe auch eigennützige sein, oder mochten mehr ideale Gesichtspunkte (z. B. Hebung des Gemeinwesens) maßgebend sein, dies waren nur die Beweggründe, und es blieb immer eine Zuwendung aus ihrem Vermögen, und zwar eine unentgeltliche, denn man kann nicht die von einem Dritten herzustellende Anlage der Bahn als Gegenwert ansehen;

vgl. hierzu den anders liegenden Fall im Recht 1907 Nr. 1097, wo das Reichsgericht als Entgelt für einen von einem Grundbesitzer abgetretenen Streifen Landes die Straßenanlage ansieht.

Allein es war nicht die Meinung der Zeichner und ebensowenig der Gemeinde, die die Sammler zur Einholung der Zeichnungen ausgeschickt hatte, daß hierdurch eine Bereicherung der Gemeinde, an die die Beiträge zu entrichten waren, herbeigeführt wurde. Sie sollte nicht das Geld behalten, um es für ihre Zwecke zu verwenden, sondern die Beiträge sollten einen Teil der Kosten darstellen, die aufzuwenden waren, um die Straßenbahngesellschaft zum Bau der Verlängerungsbahn zu veranlassen. Die gezeichneten Beträge bildeten für die Gemeinde nur einen Faktor für die Berechnung der Summe, die sie anzubieten in der Lage war. Sie gab also in dieser Weise die gezeichneten Gelder entsprechend ihrer Zweckbestimmung weiter, oder schoß diese Beträge, soweit deren Einzahlung erst später erfolgen sollte, im Vertrauen auf die eingegangene Verpflichtung, wie sie im Zeichnungsschein ausgesprochen ist, einstweilen vor, um sie später bei Fälligkeit von den ihr Verpflichteten wieder einzuziehen. Es entstand also ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, d. h. ein Recht der Gemeinde auf die Einziehung des Geldes mit der Verpflichtung, das Geld einem Dritten auszuliefern, sobald dieser das Werk, dessen Förderung Zweck der Zeichnung war, hergestellt hatte, wie sie anderseits, sofern das Werk nicht zustande kam, zur Rückgabe der bereits geleisteten Zeichnungsbeiträge verpflichtet war. Es fehlt also für die Bereicherung an einem das Vermögen der Gemeinde verbessernden Akt und damit scheidet die Annahme einer Schenkung aus (vgl. hierzu RGEntsch. 62, 386 und anderseits 71, 140).

Das Reichsgericht führt in der erstgenannten Entscheidung im Anschluß an den Komm. von Planck Vorbem. IX 2 zu dem Abschnitt über Rechtsgeschäfte aus, daß es neben dem regelmäßigen Zweck eines Rechtsgeschäfts, der in der Zuwendung einer unentgeltlichen Bereicherung, in der Verpflichtung zu einer Gegenleistung oder in der Tilgung einer Schuldverbindlichkeit besteht, auch noch andre Zweckbestimmungen gibt, die zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Rechtsverhältnisses führen können, wie z. B. der Umstand, daß eine Bedingung zu erfüllen ist. Auch hier liegt ein sog. kausales Rechtsgeschäft vor, wenn es auch nicht den Regelfällen unterstellt werden kann. Eine solche Zweckbestimmung, die also den Grund darstellt, aus dem es vorgenommen wird, kann auch dann angenommen werden, wenn die Errichtung eines gemeinnützigen, wohltätigen oder idealen Zweckes Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Handlung ist, ohne daß ein gegenseitiger Vertrag oder eine Schenkung in Frage kommt. Dieser Ansicht ist bereits der 3. Senat des hiesigen Oberlandesgerichts in einem ähnlich liegenden Falle gefolgt (SchleswHolst. Anz. 1916, 217), und es erscheint die Annahme eines derartigen kausalen Rechtsgeschäfts auch im vorliegenden Fall geeignet, der Sachlage und insbesondere der Absicht, wie sie von der Gemeinde bei der Einsammlung und von den Interessenten bei der Abgabe der Zeichnungserklärungen erkennbar gehegt wurde, zu entsprechen. Die Zweckbestimmung wird hier nach dem Willen der Kontrahenten Teil des Vertragsinhalts, so daß, wenn dieser Zweck hinfällig wird, oder wenn er auf etwas Unmögliches oder Unsittliches gerichtet ist, daraus die Ungültigkeit der übernommenen Verpflichtung folgt (vgl. hierzu noch Enneccerus Lehrb. 4/5 I. 1, § 139 1). In dem vom Beklagten unterzeichneten Zeichnungsschein ist diese Zweckbestimmung zum Ausdruck gebracht durch die nähere Bezeichnung, wofür die gezeichneten Beträge Verwendung finden sollen, denn es ist hier gesagt, daß es sich um Beiträge zu den Kosten der Verlängerung der elektrischen Straßenbahn handelt.

Aber auch wenn man den kausalen Rechtscharakter verneinen will und in der Vertragsurkunde trotz der Hervorhebung des Verwendungszwecks ein abstraktes Rechtsgeschäft sieht, in dem lediglich eine nähere Bezeichnung der Art der Leistung, die der Verpflichtete eingeht, enthalten ist, so ändert dies an der Rechtsbeständigkeit des Verpflichtungsaktes nichts, denn nach § 780 BGB. begründet das schriftliche Schuldversprechen, das in der Absicht abgegeben wird, hierdurch selbständige Rechte und Verbindlichkeiten zu erzeugen, einen gültigen Vertrag. Daß hier aber nach Absicht der Gemeinde, die den Zeichnungsschein entworfen hatte und den Interessenten vorlegen ließ, wie nach dem Willen derjenigen, die sich zu einer Zeichnung verstanden und daher ihren Namen nebst der Höhe ihres Beitrages einzeichneten, durch die Eintragung die Rechtsverbindlichkeit begründet sein sollte, ist nicht zweifelhaft. Die vom Gesetz geforderte Schriftform ist gewahrt.

Endlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß in andern Fällen, wo Interessenten sich gemeinsam an der Aufbringung eines Teils der Kosten einer größeren, gemeinnützigen Anlage beteiligt haben, angenommen ist, daß ein Gesellschaftsvertrag durch die Zeichnung begründet sei (vgl. SchlHolstAnz. 1915, 110). Mag diese Annahme im Einzelfall berechtigt sein, so liegt jedenfalls für ein solches Rechtsgebilde im vorliegenden Falle nichts vor, wo nicht von einem Zusammenschluß der Zeichner zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes die Rede ist, sondern die Gemeinde nur gesucht hat, einzelne Interessenten zur Hergabe von Geldmitteln zu bewegen, um ihre eigene Beitragspflicht entsprechend zu mindern. Es ist auch nicht ersichtlich, daß der einzelne Zeichner sich mit Rücksicht darauf, daß ein bestimmter Kreis von Interessenten sich zusammenschloß, beteiligt hat, sondern dies geschah, weil das persönliche Interesse des einzelnen ihm das Zustandekommen der Bahnanlage erwünscht erscheinen ließ.

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich die rechtsverbindliche Kraft der Beitragszeichnung der Beklagten und weiter die Berechtigung der Gemeinde, ihrerseits die Rechte aus der erfolgten Zeichnung geltend zu machen. — — —"

Urteil des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 16. Nov. 1916. E. (Bkl.) w. Gem. Schn. (U I. 40/16). SchlHolstAnz. 1917, 98.

---

155. Vertragsstrafe zur Sicherung einer Unterlassung; ist ein Verschulden erforderlich?

Vgl. 56 Nr. 245 m. N.
BGB § 339.

Es ist in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung bestritten, ob die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe nach § 339 BGB. stets ein Verschulden des Schuldners voraussetzt, also auch dann, wenn, wie hier, die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht. Das Reichsgericht hat zwar (Entsch. 55, 79) diese Frage verneint und sich dahin ausgesprochen, daß die Gegenüberstellung der beiden Sätze in § 339 BGB. ergebe, daß, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt sei ohne Rücksicht darauf, ob den Schuldner ein Verschulden treffe oder nicht.

Ein Grund, warum der Gesetzgeber den zu einem Unterlassen verpflichteten Schuldner im Gegensatz zu dem zu einem tatsächlichen Handeln verpflichteten Schuldner ohne Rücksicht auf Verschulden für eine Zuwiderhandlung habe haften lassen wollen, ist nicht ersichtlich. Der Wortlaut des § 339 spricht auch nicht zwingend für die in Bd. 55 vertretene Ansicht des Reichsgerichts. Das Ber.-Gericht ist daher der Meinung, daß § 339 Satz 2 den Gläubiger nur vom Nachweise des Verschuldens befreit, dem Schuldner aber gestattet, den Mangel eines solchen als Befreiungsgrund geltend zu machen und zu beweisen, eine Auf-

fassung, die das Reichsgericht in seiner späteren, in Entsch. 63, 117 abgedruckten Entscheidung zwar erwähnt, zu der es aber Stellung nicht genommen hat.

Die Bestimmung des § 339 ist überdies nachgiebiger Art. Die Parteien können in allen Fällen die Verwirkung der Strafe von einem Verschulden des Zuwiderhandelnden abhängig machen. Nach Sachlage ist die hier zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung in diesem Sinne auszulegen. Diese Annahme rechtfertigt sich schon mit Rücksicht auf den außerordentlich hohen Betrag der Vertragsstrafe, die für jeden Fall der Zuwiderhandlung abgemacht worden ist. Es kann nicht der Wille der Parteien gewesen sein, daß der Kläger eine Strafe von 1000 ℳ zahlen sollte, wenn einmal durch ein entschuldbares Versehen von seinem Geschäfte aus Butter an Privatkundschaft verkauft wurde. Dies ist auch vom Beklagten niemals geltend gemacht.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 11. April 1917. Gr. w. Konf. K Bf. V. 271/14. Nö.

---

156. Kauf auf Besicht binnen bestimmter Frist; empfangsbedürftige Willenserklärung.

Vgl. 44 Nr. 36.
BGB § 496.

Es handelt sich um einen Kauf der Klägerin, den sie am 14. Jan. 1916 mit dem Beklagten abgeschlossen hat, und zwar um einen Kauf „auf Besicht" derart, wie in den §§ 495. 496 BGB. gemeint ist. Da „auf morgigen Besicht" verkauft war, so bedeutete das, daß die Frist des § 496 am nächstfolgenden Tage, also am Sonnabend dem 15. Jan. 1916 ablief; eine andre Auslegung, etwa dahin, daß am 15. Jan. die in Leipzig lagernde Ware nur besichtigt, die Billigung aber erst später geschehen sollte, ist nicht möglich. Kauf „auf Besicht" ist ein feststehender Ausdruck des Geschäfts- und Rechtslebens, seine Bedeutung ist gesetzlich klargestellt, und es spricht nichts dafür, daß die Parteien den übereinstimmenden Willen gehabt hätten, das Wort abweichend von der regelmäßigen Bedeutung zu gebrauchen. Auch war, wie der Verlauf gezeigt hat, die Billigung innerhalb der festgesetzten Frist durchaus möglich, obgleich die Ware in Leipzig lagerte und die Parteien in Hamburg wohnen. Der Abnehmer der Ware, der sie besichtigen sollte und besichtigt hat, konnte sich telephonisch oder telegraphisch mit der Klägerin in Verbindung setzen, und in der Tat wäre es, nach der eigenen Behauptung der Klägerin durchaus möglich gewesen, innerhalb der bedungenen Frist die Billigung zu erklären.

Die Klägerin behauptet, dies sei nur dadurch vereitelt, daß die Beklagte am 15. Jan. 1916 telephonisch nicht zu erreichen gewesen sei; es sei vor 7 Uhr abends vergeblich versucht, mit ihr zu telephonieren. Dieser Umstand ist erheblich. Es handelt sich bei der Billigung um eine empfangsbedürftige Willens-

erklärung; deren Zugehen durfte die Beklagte nicht vereiteln. Sie war, da der telephonische Geschäftsverkehr zwischen ihr und der Klägerin, wie übrigens allgemein, üblich war, verpflichtet, bis zum Schluß der üblichen Geschäftszeit das Zugehen der auf telephonischem Wege zu erwartenden Willenserklärung nicht zu verhindern. Hätte die Beklagte, wenn auch nur fahrlässigerweise, die Verspätung des Zugehens der für sie bestimmten Willenserklärung verschuldet, so würde sie gegen Treu und Glauben handeln, wenn sie aus ihrem eigenen Verschulden zum Nachteil der Klägerin Vorteile herleiten wollte (RGEntsch. 58, 409, in SeuffA. 60 Nr. 94). Die Klägerin würde dann das Recht haben, es so ansehen zu dürfen, als ob ihre Billigung rechtzeitig zugegangen wäre. Beweispflichtig dafür, daß sie vergeblich versucht hat, die Billigung rechtzeitig zu erklären, und es nicht an ihr gelegen hat, daß diese verspätet erklärt worden ist, ist die Klägerin.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 23. Mai 1917. J. de L. & H. (Kl.) w. L. N. Bf. V. 282/16. Nö.

---

157. Kündigung wegen nicht pünktlicher Mietezahlung setzt Verzug des Mieters voraus.

BGB. §§ 554. 285.

Die Beklagten hatten in einem Hause des Anna B.schen Nachlasses ein Geschäftslokal um vierteljährlich 5875 ℳ gemietet. Nach dem Mietvertrage war der Mietzins spätestens am dritten Tage des Vierteljahres im voraus zu entrichten, und der Vermieter zur fristlosen Kündigung und zum Verlangen sofortiger Räumung berechtigt, wenn auch nur einmal nicht pünktlich bezahlt wurde. Die Beklagten hinterlegten am 1. Juli 1915 den auf das 3. Vierteljahr treffenden Mietzins zugunsten mehrerer Gläubiger unter Verzicht auf Rücknahme. Der Testamentsvollstrecker bestritt die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung und verlangte die sofortige Räumung. Die Beklagten beriefen sich noch auf eine im Mai 1915 bezüglich der am 1. Juli und später fälligen Mietzinsen erklärte Aufrechnung. — Die Klage wurde abgewiesen, die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht erklärt die Hinterlegung aus dem Grunde für gerechtfertigt, weil die Beklagten damit hätten rechnen dürfen, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung begründet, die Aufrechnung wirksam sei. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Rechtfertigung der Hinterlegung dem Sachverhalt nicht entspricht. — — — Die Entscheidung des Ber.-Gerichts ist im Ergebnisse gleichwohl zu billigen, da die der Aufrechnung zugrunde liegenden Verhältnisse die Klage auch dann als unbegründet erscheinen lassen, wenn man von der Hinterlegung ganz absieht.

Der Kläger stützt sich auf die Vertragsbestimmung, wonach schon die einmalige Unpünktlichkeit in der Zahlung des Mietzinses die fristlose Kündigung und das Verlangen sofortiger Räumung rechtfertigen soll. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte sind auf dieses vertragmäßige Kündigungsrecht im übrigen die Vorschriften anzuwenden, die im § 554 BGB. für die gesetzliche Kündigung wegen Nichtzahlung des Mietzinses aufgestellt sind. Die Kündigung setzt also auch hier voraus, daß der Mieter mit der Entrichtung des Mietzinses im Verzuge ist. Verzug liegt aber nicht vor, solange die Entrichtung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Mieter nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB.). Da aber grundsätzlich nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten sind (§ 276), so steht dem Vermieter die Kündigungsbefugnis auch dann nicht zu, wenn der Mieter, ohne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu verletzen, zur Verweigerung der Zahlung berechtigt zu sein glauben darf, mag auch seine Auffassung, z. B. daß er zur Aufrechnung berechtigt sei, objektiv nicht zutreffen. Insoweit dem Urteil des erkennenden Senats v. 18. Okt. 1907, III. 93/07 (vgl. Komm. v. RGRäten z. BGB. § 285 Anm. 1) eine abweichende Meinung zugrunde liegt, wird sie nicht aufrechterhalten. Der Kläger war daher zur Kündigung nicht befugt, wenn die Beklagten ohne Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt davon ausgehen durften, daß der Kläger bezüglich des Mietzinses v. 1. Juli 1915 sich die Forderung entgegenhalten lassen müsse, die der Aufrechnungserklärung der Beklagten zugrunde lag. Dies ist aber nach dem vom Ber.-Gericht festgestellten Sachverhalt der Fall. Die Beklagten hatten, sei es aus Versehen, sei es in der Erwartung der Ablieferung an den Maurermeister H., die Mietzinsen für das letzte Vierteljahr 1914 und für das 1. Vierteljahr 1915, die der Kläger an H. abgetreten hatte, an den Kläger bezahlt, und dieser hatte einen Betrag von 7125 ℳ nicht an H. abgeliefert, sondern anderweit verwendet. Die Beklagten mußten befürchten, diesen Betrag nochmals an H. bezahlen zu müssen, H. hatte auch Klage auf Zahlung erhoben; eine Entscheidung über diese Klage war im Juli 1915 noch nicht ergangen. Unter diesen Umständen durften die Beklagten damit rechnen, daß der Kläger den Betrag, um den er auf ihre Kosten ohne rechtlichen Grund bereichert war, an sie zurückzahlen und, soweit er aus der Nichtzahlung von Mietzinsen Rechte ableiten wollte, jenen Rückforderungsanspruch sich entgegenhalten lassen müsse. Wenn auch der Kläger mit Rücksicht auf die vorausgegangene Abtretung der Mietzinsen an den Kommerzienrat B. nicht berechtigt war, Zahlung an sich zu verlangen, so durfte er sich doch den Beklagten gegenüber auch nicht auf die Nichtzahlung von Mietzinsen berufen, auf die er sich, wenn er noch selbst Mietzinsgläubiger gewesen wäre, die an die Beklagten zurückzuzahlenden Beträge hätte anrechnen lassen müssen; ein solches Vorgehen würde gegen Treu und Glauben verstoßen und die Einrede der Arglist begründet haben. Da die Beklagten mit dem Bestande ihres Rückforderungsrechts rechnen durften, liegt eine schuldhafte Nichtzahlung des Mietzinses, soweit das Verhältnis zum Kläger in Betracht kommt,

nicht vor. Das Räumungsverlangen des Klägers ist unbegründet. Ob die von den Beklagten erklärte Aufrechnung wirksam, die ihr zugrunde liegende Forderung wirklich begründet war, ist unerheblich.

Die Klage ist mit Recht abgewiesen worden, die Revision unbegründet."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 13. Okt. 1916. B. Nachlaß (Kl.) w. A. E. & Co. (KG. Berlin). III. 211/16.

---

158. Über die Haftung aus unerlaubter Handlung in Vertragsverhältnissen.

Vgl. 50 Nr. 246 m. N.; 61 Nr. 174 S. 314; 63 Nr. 201; 67 Nr. 58; 68 Nr. 126. 233 a. E.; 69 Nr. 119 m. N.

BGB. §§ 823. 536.

Der Kläger ist am 21. April 1913 beim Kegelspiel auf der ihm und den Mitkeglern durch Mietvertrag zum Gebrauch eingeräumten, im Sommer offenen Kegelbahn des Beklagten über einer im Aufsatzbrett an dem üblichen Aufsatzpunkt befindlichen, wie der Beklagte wissen mußte und wußte, gefährlich glatten Astſtelle ausgeglitten und hat dadurch einen Bruch des Unterschenkels erlitten. Die Klage fordert Schadenersatz und Schmerzengeld. Das Landgericht hat abgewiesen; der Ber.-Richter hat den Anspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Die Revision greift als rechtsirrig an die den Anspruch auf Schmerzengeld stützende Annahme einer unerlaubten Handlung des Beklagten und die Verneinung des bei richtiger Auffassung sogar als überwiegend zu erachtenden Mitverschuldens des Klägers.

I. Der erste Angriff der Revision kann für begründet nicht erachtet werden.

Der Ber.-Richter begründet das Vorliegen auch einer unerlaubten Handlung i. S. des § 823 BGB. damit, daß die Kegelbahn als eine offene auch von anderen Personen als den Wirtschaftsgästen betreten und von den in Hof und Garten des Hauses spielenden Kindern benutzt worden sei. Ob dieser Gesichtspunkt einer allgemeinen Verkehrseröffnung vorliegend zutreffen und ausreichen würde, bedarf keiner Erörterung; denn auch ohne diesen Gesichtspunkt ist zu bejahen, daß der Beklagte dem Kläger nicht nur aus dem über die Kegelbahn geschlossenen Vertrage, sondern auch wegen unerlaubter Handlung haftet.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts erkennt grundsätzlich die Möglichkeit eines Zusammentreffens der Haftung aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung an. Während die Entscheidung des 7. Sen. v. 28. April 1908 in JW. 1908, 432/3 sich darauf beschränkt, im allgemeinen auszusprechen, es sei nach der Sachlage des Einzelfalles zu bemessen, ob die Vertragsverletzung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, wird die Wirk[illegible]t eines solchen Zusammentreffens im besonderen für Körperverletzung [illegible]n mehrfacher Art begründet:

mit der Eröffnung eines allgemeinen, nämlich auch dritten, mit dem Verletzer nicht in einem Vertragsverhältnis befindlichen Personen freigestellten Verkehrs, RGEntsch. 85, 186; JW. 1904, 141[9]; 1910, 112[13]; 1911, 182[7], wobei auch die Familienangehörigen, Dienstboten und sonstigen Hausgenossen des Mieters als solche dritte Personen erachtet werden, JW. 1910, 1003[13];

mit der allgemeinen Berufspflicht des Arztes, JW. 1911, 449[17]; damit, daß die Übernahme der Vertragspflicht den andern Teil dazu bestimmt hat, sich in die Lage zu begeben, in der er zu Schaden gekommen ist, JW. 12, 338[2] (6. ZivSen.).

Alle diese Erwägungen bedürfen einer Ergänzung oder Berichtigung.

Immer dann, wenn der Vertrag gerade nur oder gerade auch auf Fürsorge für die körperliche Gesundheit und Unversehrtheit des Vertragsgegners geht, sei es auf Vornahme von diese Gesundheit fördernden Handlungen, sei es auf Unterlassung jedes die Gesundheit gefährdenden Verhaltens, kann es darauf nicht ankommen, ob die Fürsorgepflicht gegenüber dem Vertragsgegner gleichzeitig auch daneben gegenüber Dritten besteht (Verkehrseröffnung auch für Dritte). Ebenso muß unerheblich bleiben, ob diese Fürsorgepflicht besteht auch Dritten gegenüber, welche ohne Vertragsband mit dem Verletzer statt des Vertragsgegners in den Handlungsbereich des Verletzers kämen (Berufspflicht des Arztes, auch wenn der Arzt zu dem behandelnden Kranken nicht in einem Vertragsverhältnis steht, JW. 1911, 450; Haftung des familienrechtlich seinem Kinde gegenüber fürsorgepflichtigen Vaters auch aus unerlaubter Handlung, weil er auch fremden unerwachsenen Kindern für die fahrlässig offen gelassene Zugänglichkeit einer gefährlichen Maschine haften würde, RGEntsch. 75, 254). Ebenso kann es nicht darauf abgestellt werden, ob gerade die Übernahme der Vertragspflicht den Vertragsgegner erst bestimmt hat, sich in die ihn alsdann schädigende Lage zu begeben, JW. 1912, 339.

Die allgemeine Rechtspflicht, niemand körperlich zu verletzen, besteht immer und gegenüber jeder Person, gleichviel ob diese mittels Vertrages oder ohne Vertrag in den Handlungsbereich des Verletzers gekommen ist. Diese allgemeine Rechtspflicht kann dadurch nicht beseitigt werden, daß ein Vertrag es war, durch den die Möglichkeit der Einwirkung auf den Körper des andern gegeben wurde. Auch der Vertragsgegener bleibt immer der durch § 823 BGB. Geschützte; er wird es in noch stärkerem Grade, wenn der Vertrag den Verletzer sogar noch besonders, nämlich eben auch noch vertragmäßig, zur Fürsorge verpflichtet. Das allgemeine Verbot widerrechtlicher Körperverletzung wird dadurch nur individualisiert und verstärkt, daß der Vertrag dem andern sogar noch ein vereinbartes Recht auf Fürsorge, also auf das Gegenteil jeder Körperverletzung gibt; andernfalls würde die Widerrechtlichkeit der Körperverletzung i. S. des § 823 nur darum verneint, weil dem andern noch ein weiterer besonderer Anspruch auf Unterlassung jeder Körperverletzung

zusteht — ein Ergebnis, dessen Ungereimtheit und Unerträglichkeit auf der Hand liegt.

Aus diesem Grunde und schon allein aus diesem Grunde haftet auch wegen unerlaubter Handlung: der Arzt dem Kranken, den er vertragwidrig unter Nichtbeachtung medizinischer Regeln behandelt, vgl. Urt. des RG. v. 4. Juli 1916, III. 142/16 in Warneyer 1916, 363[226]; der Dienstherr dem Dienstverpflichteten, dem gegenüber er die Pflichten des § 618 BGB. nicht erfüllt, Warneyer 12, 287[250]; der Wirt und der Vermieter dem Gaste und Mieter, dem er vertragwidrig gefährliche Räume zur Benutzung überläßt; der Verkäufer dem Käufer, dem er vertragwidrig statt einer Selterflasche eine Flasche mit ätzender Lauge übergibt, JW. 1908, 236[9], vgl. JW. 1910, 749 Sp. 2 unten; der Besteller dem Unternehmer, dem er eine gefährliche Arbeitsstätte zuweist, JW. 1910, 148[10].

Die Vertragwidrigkeit einer Körperverletzung hängt nicht davon ab, ob der Vertrag die Fürsorge für die körperliche Gesundheit und Unversehrtheit zum alleinigen und hauptsächlichen Gegenstande hat, oder ob er in der Hauptsache andre Ziele bezweckt und nur nebenbei und in einzelnen Richtungen eine Fürsorgepflicht auferlegt. Ebensowenig kann für das Bestehen einer unerlaubten Handlung neben der Vertragsverletzung entscheidend sein, ob die Übernahme der Vertragspflicht für den andern gerade bestimmend war, sich in die ihn alsdann schädigende Lage zu begeben. Wie dort einfach die Gesamtheit des Vertragsinhalts maßgebend ist, so ist hier die Allgemeinheit des Verbots ausschlaggebend, daß niemand einen andern körperlich verletzen darf, wie auch immer der andere in den Wirkungs- und Handlungsbereich des Verletzers gekommen sein mag. Die Entscheidung in JW. 1910, 339 sagt über den Fall eines solchen bestimmenden Beweggrundes denn auch nur „jedenfalls dann sei das Gebotensein der verletzten Sorgfalt durch eine Vertragspflicht für das Wesen der unerlaubten Handlung gleichgültig".

Eine völlig andre Frage liegt dann vor, wenn die allgemeine Rechtspflicht, niemand körperlich zu verletzen, durch Vertrag geändert, insbesondere gemindert ist. Der operative Eingriff des Arztes z. B. wird kraft des ihm durch den Rechtswillen des Kranken eingeräumten Vertragsrechts zu einem nicht rechtswidrigen, RGSt. 25, 378/382; RGEntsch. 68, 433/4; JW. 1910, 753[13]; vgl. Karl Mansfeld in LeipzZ. 1915, 334/339. Soweit die Einwilligung des Kranken reicht, aber auch nur so weit, ist kraft ihrer der Eingriff und die Behandlung vertraggemäß und darum überhaupt nicht rechtswidrig; ohne solche Einwilligung ist die vom Arzt vorgenommene Verletzung des Körpers des Kranken eine rechtswidrige Körperverletzung i. S. des § 823, und dies um so mehr, wenn sie zugleich gegen die Vertragspflichten des Arztes diesem Kranken gegenüber verstößt.

Ob und inwieweit der Vertrag die an sich natürlich auch zwischen den Vertragsteilen nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen geregelten

Rechtsbeziehungen ändert, insbesondere die Haftung mindert, kann nur nach dem auf Gesetz oder auch auf besonderer Abrede beruhenden Inhalt des einzelnen Vertrages bemessen werden;

vgl. Crome in DJZ. 1904 17/20; von Blume im Recht 1905, 483 und die Prüfung dieser Frage in RGEntsch. 50, 250 und 58, 412.

So sagt die Entscheidung des 6. ZivSen. in JW. 1913, 376[7], welche den Anspruch einer bei einer Eisenbahnfahrt durch Auffahren einer Lokomotive verletzten Person behandelt und die in JW. 1904, 166[4] vertretene Rechtsauffassung offensichtlich aufgibt: „Besonderheiten des Vertragsverhältnisses, mit Rücksicht auf welche auch die Haftung aus der unerlaubten Handlung als eine geminderte zu erscheinen hätte (vgl. z. B. §§ 599. 690. 277 BGB.), kommen hier nicht in Frage; vielmehr ist der Maßstab des die Haftung begründenden Verschuldens für die Anwendung des § 823 Abs. 1, § 831 wie für den Transportvertrag grundsätzlich dieselbe (§ 276 BGB.)"; vgl. die Entscheidung des 6. ZivSen. v. 19. Juni 1916, VI. 143/16 in JW. 1916, 1276[8]. Und dahin gerade geht der bereits erwähnte allgemeine Ausspruch des 7. ZivSen. in JW. 1908, 432/433, durch den die in RGEntsch. 67, 185 durch Berufung auf allgemeine Grundsätze und durch Hinweis auf JW. 1904, 166[4] gegebene erste Begründung unzweideutig verlassen wird.

Vorliegend kann von einer Änderung, insbesondere Minderung der allgemeinen, aus § 823 folgenden Rechtspflicht des Beklagten durch den über die Kegelbahn geschlossenen Vertrag keine Rede sein. Die allgemeine Rechtspflicht des Beklagten war durch seine Vertragspflicht, für einen ungefährlichen Bodenbelag zu sorgen, lediglich den Keglern gegenüber festgelegt und verstärkt.

II. Begründet dagegen ist der zweite Angriff der Revision.

Der Kläger mußte die ihm bekannte Gefährlichkeit der Aststellen, welche bereits früher mehrere Kegler zu Fall gebracht hatte, und wegen welcher bereits mehrfach Abhülfegesuche an den Beklagten gerichtet waren, beim Kegeln selbst berücksichtigen und sein Verhalten darnach einrichten. Auch den Kläger trifft also ein Verschulden, jedoch nicht ein überwiegendes; vielmehr ist angemessen, den Schaden zu $^{2}/_{3}$ dem Beklagten, zu $^{1}/_{3}$ dem Kläger selbst zur Last zu legen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 13. Okt. 1916. H. (Bkl.) w. L. (KG. Berlin). III. 145/16. Zum Teil auch in RGEntsch. 88, Nr. 108 S. 433.

---

159. Über die Haftung des überstimmten Richters für eine Amtspflichtverletzung; Beweis.

Vgl. 54 Nr. 224 m. N.
BGB. § 839; ZPO. § 376.

In einem Privatklageverfahren gegen den Kläger war nach dessen mehrfachem unentschuldigten Ausbleiben in der Hauptverhandlung ein Haftbefehl

gegen ihn vom Schöffengericht erlassen und sodann der Kläger in Vollstreckung des Haftbefehls fünf Tage bis zur Hauptverhandlung in Haft behalten worden. Unter der Behauptung, daß die Verhaftung gesetzlich unzulässig gewesen sei und ihm einen Vermögensschaden von 82,25 ℳ verursacht habe, verlangte der Kläger vom preuß. Staat auf Grund des preuß. Gesetzes v. 1. Aug. 1909 den Ersatz dieses Schadens. — Das Landgericht wies die Klage ab, während das Ber.-Gericht den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„— — — Die Verantwortlichkeit des Staats für den vom Schöffengericht erlassenen gesetzwidrigen Haftbefehl ist nach § 1 Ges. v. 1. Aug. 1909 nur dann begründet, wenn den Amtsrichter eine Haftung trifft, da die Schöffen keine Staatsbeamten sind. Eine Haftung des Amtsrichters ist aber nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil er Mitglied des den Beschluß erlassenden Schöffengerichts war, sondern nur dann, wenn der gesetzwidrige Beschluß auf sein Verhalten zurückzuführen war. Ist dies nicht der Fall, hat der Amtsrichter insbesondere gegen die Erlassung des Haftbefehls gestimmt, so ist er frei von Verantwortlichkeit. Denn das Bürgerl. Gesetzbuch kennt keine Haftung des Kollegiums als solchen oder eine Gesamthaftung aller seiner Mitglieder, auch der Mitglieder, die gegen die schädigende Entscheidung gestimmt haben; es legt vielmehr gemäß den allgemeinen Grundsätzen nur den schuldigen Beamten eine Verbindlichkeit auf (Begründung 826; Denkschr. 103; SeuffA. 54 Nr. 224). Der Geschädigte, der wegen eines ihn benachteiligenden Kollegialbeschlusses Ersatzansprüche geltend macht, hat also zu behaupten und im Bestreitungsfall zu beweisen, daß der von ihm in Anspruch genommene Beamte für die ihm nachteilige Entscheidung verantwortlich sei, für sie gestimmt habe. Die Rechtslage ist nicht die, daß dem Beamten der Beweis seiner Unschuld obliege. Es ist auch keine tatsächliche Vermutung für die Einstimmigkeit des Kollegiums und, was insbesondere das Schöffengericht anlangt, dafür gerechtfertigt, daß in der Entscheidung die Abstimmung des Amtsrichters zum Ausdruck gekommen sei. In der vorliegenden Sache ist unter Berufung auf das Zeugnis des Amtsrichters behauptet worden, daß er von den Schöffen überstimmt worden sei. Das Ber.-Gericht hat diesen Beweisantritt für unzulässig erklärt, weil über das streng geheim zu haltende Ergebnis der Abstimmung kein Richter als Zeuge gehört werden dürfe; es hat aber ausgeführt, daß nach seiner Überzeugung der Amtsrichter sich der Erlassung des von ihm für zulässig erachteten Haftbefehls nicht widersetzt und die Schöffen über die erforderliche Androhung des Haftbefehls nicht belehrt habe.

Diese Darlegungen verletzen, wie die Revision mit Recht rügt, das Prozeßgesetz. Der angebotene Beweis ist nach den Umständen des Falles zulässig; die vom Ber.-Gericht auf willkürlicher Grundlage über den Inhalt der schöffengerichtlichen Beratung getroffene Feststellung stellt eine unzulässige Vorweg-

nahme des Beweises dar. Eine ausdrückliche Vorschrift, die es verböte, über die Art und den Inhalt der Abstimmung die Richter als Zeugen zu vernehmen, besteht nicht. Die Entscheidung RGSt. 26, 202 hat nur ausgesprochen, daß mit Rücksicht auf die Unabhängigkeit des Richteramts und die den Richtern obliegende Pflicht, über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten, nach dem Zusammenhang der Vorschriften des Ger.-Verf.-Gesetzes und der Prozeßordnungen es grundsätzlich für unzulässig zu erachten sei, die beteiligten Richter über die Art und Weise des Zustandekommens des Richterspruchs als Zeugen zu vernehmen. Die Entscheidung hat jedoch die Frage offen gelassen, ob nicht dieser Grundsatz höheren Interessen der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung, namentlich bei Untersuchungen wegen Rechtsbeugung, bei Rückgriffsprozessen gegen Richter und in ähnlichen Fällen zu weichen habe. Eine solche Ausnahme in den Zivilprozessen wegen Amtspflichtverletzungen der Beamten zuzulassen, entspricht der Rechtsordnung und dem Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten. Würde in den Fällen, wo es darauf ankommt, ob der Richter für die schädigende Entscheidung gestimmt hat oder überstimmt worden ist, die Vernehmung der beteiligten Richter versagen, so wäre die Rechtsverfolgung auf beiden Seiten in Frage gestellt. Für den Beamten insbesondere ist die Entscheidung darüber, ob er sich der ihm vorgeworfenen Pflichtverletzung schuldig gemacht habe oder nicht, von schwerwiegender Bedeutung; seine dienstliche Stellung, sein Ansehen und sein Fortkommen werden davon betroffen. Für die Zulässigkeit des Beweises kann es deshalb auch nicht von entscheidender Bedeutung sein, ob es sich in dem Schadenersatzprozesse um einen erheblichen Geldwert handelt. Nach § 144 preuß. ALR. II. 10 ist es den überstimmten Beamten gestattet, ihr abweichendes Gutachten schriftlich unter Anführung der Gründe zu den Akten zu bringen. Wie sich aus den Kommissionsberatungen zu § 199 GVG. (Hahn Mater. zum GVG. 1, 361. 845) ergibt, sollte den Richtern dasselbe Recht im Hinblick auf ihre sittliche und rechtliche Verantwortlichkeit bewilligt werden; die Aufnahme in das Gesetz unterblieb, nachdem darauf hingewiesen worden war, daß der überstimmte Richter den Inhalt seiner Abstimmung durch seine eigene Erklärung und das Zeugnis seiner Mitrichter beweisen könne. Die Befürchtung, daß mit dem Rechte der Zeugenvernehmung Mißbrauch getrieben werden könnte, kann nicht dazu führen, das Recht zu versagen. Mißbräuche können überall vorkommen. Dem erkennenden Gerichte liegt es ob, einem etwaigen Mißbrauch mit den Mitteln des Prozeßrechts entgegenzutreten. Ein andres kann aber dann nicht gelten, wenn an Stelle des Beamten der Staat verantwortlich gemacht wird. Auch in diesem Fall handelt es sich um das dienstliche Verschulden des Beamten; dessen Stellung und Ruf wird in gleicher Weise in Mitleidenschaft gezogen. Dem Beamten droht der Rückgriff des Staats. Für den Geschädigten ist es gleichgültig, ob er den Beamten oder den Staat zum Prozeßgegner hat.

Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu anderweitiger Verhandlung und Entscheidung an das Ber.-Gericht zurückzuverweisen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 17. Okt. 1916. Preuß. Staat (Bkl.) w. R. (OLG. Düsseldorf). III. 127/16. Auch in RGEntsch. 89 Nr. 3 S. 13.

---

160. Unzulässigkeit der Anfechtung einer Ehe wegen Unfruchtbarkeit des andern Ehegatten.

Vgl. 39 Nr. 114; 42 Nr. 302; 66 Nr. 165.
BGB. § 1333.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte außerstande ist, Kinder zu gebären, und ob der Kläger sich hierüber bei der Eheschließung in einem für ihn bedeutungsvollen Irrtum befunden hat; denn die Abweisung der Klage ist schon deshalb geboten, weil die Unfruchtbarkeit der Ehefrau dem Ehemann überhaupt keinen Anfechtungsgrund aus § 1333 BGB. gewährt. Es widerstrebt den gegenwärtigen sittlichen Anschauungen unsers Volks, daß einem Ehegatten gestattet sein sollte, seine Ehe jederzeit wegen Irrtums anzufechten, wenn sich die Fortpflanzungsunfähigkeit des andern Ehegatten herausstellt; vgl. Dernburg B. R. 4 § 19 Anm. 8 und Endemann Lehrb. [8] 2 § 162 Anm. 22.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, unter dessen Geltung die Ehe der Parteien geschlossen worden ist, betrachtet die Ehe nicht mehr unter dem Gesichtspunkte der Kindererzeugung, sondern sieht in ihr nur das Band, welches die beiden Ehegatten miteinander zu einer dauernden Lebensgemeinschaft verbindet (1353 Abs. 1). Es können deshalb auch nur die Umstände, welche der Erreichung dieses Zieles dienen, bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe berücksichtigungswert erscheinen. Hierzu gehört aber die Frage der Fruchtbarkeit einer Ehefrau nicht.

Aber selbst wenn man der Fortpflanzungsunfähigkeit immerhin die Bedeutung eines relativen Anfechtungsgrundes i. S. des § 1333 BGB. einräumen wollte, wäre die Klage unbegründet. Denn dann wäre es Sache des Klägers gewesen, darzutun, daß er nach den für die Ehe der Parteien in Betracht kommenden besonderen Verhältnissen die Ehe mit der Beklagten nicht geschlossen haben würde, falls ihm bei Eingehung der Ehe die angebliche Gebärunfähigkeit der Beklagten bekannt gewesen wäre (vgl. RG. in JW. 1906, 389[15]). In dieser Richtung sind aber von ihm tatsächliche Behauptungen nicht aufgestellt worden.

Der Berufung war deshalb der Erfolg zu versagen.

Urteil des OLG. zu Kiel (3. Sen.) v. 25. Nov. 1916. D. w. D. (U III. 175/16). SchleswHolstAnz. 1917, 81.

---

161. Unterhaltspflicht des geschiedenen wieder verheirateten Ehemanns; wie weit ist die Frau zum Erwerb durch Arbeit verpflichtet?

Vgl. 63 Nr. 161; 71 Nr 61; auch 67 Nr. 16; 70 Nr. 220.
BGB. § 1579.

Die Ehe der Parteien ist durch rechtskräftig gewordenes Urteil v. 10. Febr. 1913 aus alleinigem Verschulden des Beklagten geschieden worden. Die Klägerin verlangte mit der Anfang Dezember 1914 erhobenen Klage für die Zeit vom 1. Aug. 1914 an, nachdem bis dahin ihr der Beklagte freiwillig zum Unterhalt 60 bis 80 *M* monatlich gezahlt, dann aber weitere Zahlungen unterlassen hatte, die Gewährung einer monatlichen Unterhaltsrente von 65 *M*. Der Beklagte bestritt jede Unterhaltspflicht, da er zur Gewährung des Unterhalts bei der ihm obliegenden Verpflichtung, seine zweite Ehefrau und seine beiden Kinder zweiter Ehe zu unterhalten, nach seinen Vermögensverhältnissen außerstande sei, anderseits die Klägerin vermögend sei und ihr zuzumuten sei, durch eigene Arbeit ihren Unterhalt zu verdienen. — Das Landgericht erkannte auf Abweisung der Klage. Das Kammergericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung einer monatlichen Unterhaltsrente von 40 *M*. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht hat auf die Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau den § 1579 BGB., der auch im Urteil ausdrücklich angeführt wird, zur Anwendung gebracht. Es sieht, da Beklagter infolge seiner Wiederverheiratung zugleich dem neuen Ehegatten und zwei minderjährigen Kindern den Unterhalt zu gewähren hat, den in § 1579 Abs. 1 Satz 2 vorgesehenen Fall als gegeben an und beurteilt demgemäß unter Bezugnahme auf die RGEntsch. 75, 433 (SeuffA. 67 Nr. 16) die Unterhaltspflicht dahin, daß Beklagter nicht zunächst den Unterhalt für sich und seine neue Familie in Abzug bringen dürfe, sondern daß die vorhandenen Mittel gleichmäßig für sämtliche Unterhaltsberechtigte nach den Grundsätzen der Billigkeit zu verwenden seien. Die Anwendung des § 1579 setzt nun aber nach den Eingangsworten voraus (vgl. RGEntsch. 67, 59), daß der für schuldig erklärte Ehegatte zur Erfüllung der Unterhaltspflicht ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts außerstande ist. Von dem Vorhandensein dieser Voraussetzung ist das Ber.-Gericht, soweit ersichtlich, auch ausgegangen, da seine Entscheidung sachlich darauf beruht, daß der Beklagte ebenso wie die andern Unterhaltsberechtigten sich eine Einschränkung des ihnen an sich zustehenden Unterhalts gefallen lassen müsse. Im Widerspruch hiermit ist aber am Schlusse der Urteilsgründe gesagt, Beklagter könne die auf 40 *M* bemessene monatliche Rente an Klägerin zahlen, ohne damit auch bei den jetzigen Verhältnissen seiner und seiner neuen Familie standesgemäßen Unterhalt zu gefährden. Hierdurch wird eine Unklarheit in das Ber.-Urteil hineingetragen, welche die von der Revision gerügte Stellungnahme des Berufungsrichters zu der Frage, inwieweit

die Klägerin zum Erwerb durch eigene Arbeit für verpflichtet zu erachten ist, in rechtlich zu beanstandender Weise beeinflußt hat.

Diese Verpflichtung zum Arbeitserwerb ist im Regelfall des § 1578 in andrer Weise zu beurteilen als im Fall des § 1579 Abs. 1 Satz 2. Im allgemeinen (bei Anwendung des § 1578) kann allerdings die geschiedene Frau auf Arbeitserwerb nur dann verwiesen werden, wenn nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist. Diese Ausnahme liegt nach den bedenkenfreien Ausführungen des Ber.-Gerichts hier nicht vor. Wie im Ber.-Urteil festgestellt ist, hat die Klägerin während der Zeit der Ehe eine erwerbende Tätigkeit nur insofern ausgeübt, als sie beim Betriebe des von dem Beklagten (in den Jahren 1898 bis 1901) gepachteten Kurhauses H. mitgeholfen hat, wobei ihre Tätigkeit sich auf die Leitung beschränkt hat. Unberechtigt ist der Angriff der Revision, es sei vom Ber.-Richter nicht beachtet, daß die Klägerin schon vor ihrer Verehelichung gleich ihren Geschwistern sich in dienender Stellung befunden habe. Für die Frage, ob die geschiedene Ehefrau zum Arbeitserwerb verpflichtet ist, kommt es nicht darauf an, welche Stellung die Frau vor der Verheiratung eingenommen hat. Entscheidend sind vielmehr nach der Vorschrift des § 1578 die Verhältnisse, wie sie während der Ehe sich entwickelt und bleibenden Bestand gewonnen haben. Der Regel nach ist anzunehmen, daß im Bürgerstande der geschiedenen Frau nicht zugemutet werden kann, sich ihren Unterhalt durch Arbeit zu verdienen, daß ein solcher Erwerb durch Arbeit nicht üblich ist (vgl. RGEntsch. 62, 295; JW. 1902, 73). Dafür, daß hier besondere Verhältnisse vorlägen, die eine andre Beurteilung rechtfertigten, ist von dem Beklagten, der nach seinen Angaben in der ganzen Zeit eine gut bezahlte Stellung als Reisender bei der Weinfirma H. & Gr. in Br. gehabt hat, nichts vorgebracht. Daß die Klägerin vorübergehend ihrem Manne bei Verwaltung des Kurhauses geholfen hat, ist für ihren Unterhaltsanspruch unschädlich. Eine Verpflichtung der geschiedenen Ehefrau, sich ihren Unterhalt selbst zu verdienen, kann nicht daraus allein hergeleitet werden, daß sie während der Ehe (gemäß § 1356 Abs. 2) ihrem Manne in dessen Geschäft Beihülfe geleistet hat.

Ganz anders liegt die Sache, wenn in Anwendung des § 1579 Abs. 1 Satz 2 der Unterhaltsanspruch der Frau nach Billigkeit zu bemessen ist. Der Gesichtspunkt der Billigkeit kann, wie der erkennende Senat bereits in dem Urteile v. 11. Okt. 1909, IV. 647/08 B. w. B. ausgesprochen hat, dazu führen, der geschiedenen Ehefrau bezüglich des Arbeitserwerbs eine weitergehende Verpflichtung aufzuerlegen. Die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Eheleute sind zu diesem Zweck verständig gegeneinander abzuwägen. Wird eine solche Prüfung vorgenommen, so ist es keineswegs ausgeschlossen, daß der Klägerin die Zumutung zu stellen sei, solange der Beklagte sich in seiner gegenwärtigen bedrängten Lage befindet, ihre Arbeitskraft — soweit sie nicht durch ihren Gesundheitsstand hieran gehindert ist — in der vom Beklagten vorge-

schlagenen Weise durch Halten von Pensionären rc. auszunutzen. Den Ber.-Richter trifft jedenfalls der Vorwurf, daß er auf diesen Gesichtspunkt, der bei Anwendung des § 1579 Abs. 1 Satz 2 berücksichtigt werden mußte, überhaupt nicht eingegangen ist. — — —

Die Aufhebung des Ber.-Urteils war hiernach geboten, weil hinsichtlich der Arbeitsverpflichtung der Klägerin ein dem Gesetze nicht entsprechender Rechtsstandpunkt eingenommen ist. Bei der anderweitigen Verhandlung wird das Ber.-Gericht den Sachverhalt auch sonst erneut zu prüfen haben, namentlich nach der Richtung hin, ob von den Grundstückseinkünften der Klägerin Abzüge für Wassergeld rc., welche Kosten in den Mietverträgen von den Mietern übernommen sein sollen, gemacht werden dürfen, ob die Klägerin, die vermögende Verwandte haben soll, nicht in der Lage ist, den ihr gehörigen Bauplatz im Werte von 10000 ℳ, der nach ihren Angaben bisher nur mit 1160 und 140 ℳ beliehen ist, durch Aufnahme einer weiteren Hypothek nutzbar zu machen und ob von ihr Unterhalt schon für die Zeit vor Erhebung der Klage (vgl. § 1613 BGB.) verlangt werden kann. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 23. Nov. 1916. Br. w. Br. (KG. Berlin). IV. 231/16.

---

162. Verpfändung eines Versicherungsscheins durch den verstorbenen Schuldner; persönliches Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers gegen den Nachlaßverwalter.

BGB. §§ 1985. 273.

Die „Verpfändung" des Versicherungsscheins ist nichtig, da nicht der Schein, sondern nur der Anspruch auf die Versicherungssumme abgetreten werden kann, und selbst wenn man in der Verpfändung des Scheines eine solche des Anspruchs sehen wollte, auch diese ungültig wäre, weil es an der Anzeige an die Versicherungsbank fehlt (§ 1280 BGB.). Doch ist es statthaft und geboten, im Wege der Umdeutung anzunehmen, daß für den Beklagten an dem Scheine ein persönlich wirksames Zurückbehaltungsrecht (BGB. § 273) bestellt worden ist (vgl. ähnliche vom Reichsgericht in diesem Sinn entschiedene Fälle in RGEntsch. 66, 24 und 68, 386). Insoweit stimmen auch die Parteien in ihrer Rechtsauffassung überein. Es fragt sich somit, ob gegenüber dem Kläger als Nachlaßverwalter das persönliche Zurückbehaltungsrecht wirksam ist. Diese Frage bejaht der Senat aus folgenden Gründen.

Das Reichsgericht hat, unter Würdigung der gegnerischen Ansichten, in dem Beschlusse v. 12. März 1907, RGEntsch. 65, 287, dargelegt, daß die Nachlaßverwaltung entsprechend der Konk.-Verwaltung gestaltet und die Rechtsstellung des Nachlaßverwalters — anders als die des Nachlaßpflegers des § 1960 BGB. — sonach auch der des Konk.-Verwalters entsprechend sei. Der Konk.-Verwalter aber sei nach der ständigen Rechtsprechung des Reichs-



gerichts weder als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners noch der Gläubiger oder der Konk.-Masse anzusehen, sondern er habe als die für die Durchführung der Konk.-Verwaltung zuständige Stelle eine eigene Parteistellung. Diese nehme auch der Nachlaßverwalter ein. Dieser Auffassung schließt sich der Senat namentlich deswegen an, weil, wie das Reichsgericht mit Recht besonders hervorhebt, nach § 1984 BGB. die Nachlaßverwaltung dem Erben die Befugnis entzieht, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, und weil nach den §§ 1985 und 1986 die abgesonderte Nachlaßmasse eine dem Einfluß des Erben entzogene Vermögensmasse bildet, die lediglich der Verwaltung und Verfügung des Nachlaßverwalters unterliegt und die nur er gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten hat (vgl. ferner RGEntsch. 72, 260).

Von diesem Gesichtspunkt aus wird folgendes von Bedeutung. Es ist anerkannt, daß das persönliche Zurückbehaltungsrecht im Unterschied vom Pfandrecht ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht gewährt und daher auch im Konkurse des Schuldners nicht geltend gemacht werden kann (vgl. KG. Berlin in SeuffA. 59 Nr. 159 und RGEntsch. 68, 282). Es fragt sich nun, ob die Tatsache, daß die Stellung des Nachlaßverwalters derjenigen des Konk.-Verwalters rechtsähnlich ist, dazu führt, auch gegenüber dem Nachlaßverwalter die Wirksamkeit des gegenüber dem Erblasser begründeten persönlichen Zurückbehaltungsrechts zu verneinen. Dies ist nicht der Fall. Zwischen der Aufgabe des Nachlaßverwalters und der des Konk.-Verwalters besteht trotz der Wesensähnlichkeit ihrer Stellung mindestens in einer Hinsicht ein durchgreifender Unterschied. Der Konk.-Verwalter hat alle Forderungen, die überhaupt im Konkurse geltend zu machen sind, nach gleichem Verhältnis zu befriedigen KO. § 12). Das ist der Hauptgrund, aus dem das (nicht-kaufmännische) Zurückbehaltungsrecht nicht im Konkurse geltend gemacht werden kann (vgl. Jaeger KO. § 49 Bem. 42). Anders aber bei der Nachlaßverwaltung. Der Nachlaßverwalter hat zwar auch die Gläubiger zu befriedigen. Aber gerade die Vorschrift, daß er sie alle nach gleichem Verhältnis mit den übrigen Gläubigern zu befriedigen habe, fehlt für den Nachlaßverwalter (vgl. § 1985 Abs. 1). Wenn der Nachlaßverwalter feststellt, daß die Masse zur völligen Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht, so hat er (abgesehen natürlich von den Fällen, wo eine allseitige außerkonkursliche Einigung gelingt) den Nachlaßkonkurs zu beantragen (§§ 1985 Abs. 2, 1980). Solange aber der Nachlaßkonkurs nicht eröffnet ist, ist es ausgeschlossen, Rechtssätze, die gerade nur dem Konkurse eigentümlich sind, auf die Nachlaßverwaltung zu übertragen. Es entfällt somit für die Nachlaßverwaltung der Grund, aus dem für den Nachlaßkonkurs das Zurückbehaltungsrecht versagt. Man muß daher zu der Folgerung kommen, daß das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Nachlaßverwalter vollwirksam ist.

Daß das Nachlaßaufgebot beantragt ist (§§ 2015. 1980. 1885 Abs. 2) steht nicht, wie der Kläger meint, der Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrechts um deswillen entgegen, weil der Anspruch des Beklagten dieserhalb der Eigen-

schaft der „Fälligkeit" entbehre. Der Anspruch bleibt „fällig", wenn auch der Nachlaßverwalter kraft Einrede die Befriedigung vorläufig verweigern darf. Dies zeigt schon § 273, der gerade „fällige" Ansprüche auf beiden Seiten voraussetzt und doch dem Schuldner kraft Einrede die Befugnis gibt, die geschuldete „fällige" Leistung vorläufig zu verweigern.

Beschluß des OLG. zu Hamm v. 15. Mai 1917. 2. W. 40/17. F—th.

163. Kann das Werben zum Beitritt zu einer Gesellschaft m. b. H. eine Vertragsverletzung begründen?

Vgl. 60 Nr. 60 und 215 m. N.
GmbHG. § 55.

Der Kläger hatte, als das Stammkapital der V.-Nahrungsmittelgesellschaft m. b. H. erhöht wurde, Beiträge gezeichnet. Nachdem die Gesellschaft in Konkurs geraten war, nahm er den Beklagten, ein Mitglied der Gesellschaft, der ihm den Beitritt empfohlen haben sollte, auf Schadenersatz in Anspruch. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Mit Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, daß eine Haftung des Beklagten dem Kläger gegenüber für den Schaden, den dieser durch den Beitritt zur V.-Nahrungsmittelgesellschaft erlitten hat, nur aus dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung in Frage kommen kann, und daß mithin der Klaganspruch, sei es ganz oder teilweise, nur dann begründet sein würde, wenn der Beklagte den Kläger durch bewußt unwahre Angaben getäuscht hätte und dieser durch die Täuschung zur Übernahme von Geschäftsanteilen bestimmt worden wäre. Wenn demgegenüber der Kläger in der Ber.-Verhandlung auch eine vertragmäßige Haftbarkeit auf dem Wege aus dem Verhalten des Beklagten hergeleitet wissen wollte, daß er darlegte, es sei dadurch, daß dieser für ihn den Beitritt geworben, ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Beklagten entstanden, wie überhaupt das einer bestehenden Gesellschaft neu beitretende Mitglied zu jedem einzelnen früheren Gesellschafter in ein Vertragsverhältnis trete, so vermag das Ber.-Gericht diese Auffassung keinesfalls zu teilen. Wenn überhaupt bei der Übernahme der durch die Kapitalserhöhung einer Gesellschaft m. b. H. zu schaffenden Geschäftsanteile von einem Vertrage die Rede sein könnte,

vgl. hierzu Staub-Hachenburg GmbHG. bei Anm 18 und 26 zu § 55, der die Frage bejaht, und Parisius und Crüger zu § 55, die ein einseitiges Rechtsgeschäft annehmen,

so könnte es sich doch dann — anders als bei der Gründung des Gesellschaft — höchstens um einen Vertrag handeln, den der neue Gesellschafter mit der Gesellschaft schließt, niemals aber um so viel Einzelverträge als Mitglieder der Gesellschaft vorhanden sind; man denke hierbei nur an die einzelnen Gesellschafter, die etwa der Kapitalserhöhung und der damit unter Umständen verbundenen Aufnahme neuer Gesellschafter in die Gesellschaft garnicht zugestimmt

haben. Soweit aber der Beklagte als bisheriger Gesellschafter dem Kläger noch besonders Rat oder Empfehlung zum Beitritt erteilt haben sollte, so kann daraus allein nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 676 BGB.) eine Verpflichtung zum Ersatze des aus der Befolgung des Rats oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht hergeleitet werden. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 26. Febr. 1917. B. (Kl.) v. M. — 5 O. 102/16. Ch.

II. Verfahren.

164. Freie Beweiswürdigung eines durch die verstorbene ursprüngliche Partei vorschriftwidrig abgeleisteten Eides. Form der Eidesabnahme im Felde.

ZPO. §§ 286. 446. 471. 481. — RGes. v. 28. Mai 1901 § 1 ³ (RGBl. 185).

Nach der Niederschrift v. 5. Juli 1916 ist der dort angegebene Eid von dem Erblasser der jetzigen Kläger vorschriftmäßig nach § 481 ZPO. abgeleistet worden. — — — Die Ableistung des Eides ist aber um deswillen nicht gesetzmäßig erfolgt, weil der Eid von einem Gerichtsoffizier abgenommen worden ist. Eine gesetzliche Vorschrift, daß die Gerichtsoffiziere im Felde für die Erledigung von Ersuchen um Rechtshülfe hinsichtlich der zum Heere gehörigen Personen zuständig sind, besteht nicht. Vielmehr ist nach § 1 Nr. 3 Ges. betr. die freiwill. Gerichtsbarkeit ꝛc. v. 28. Mai 1901 (RGBl., 185) im Felde, d. i. für die Dauer des mobilen Zustandes des Heeres oder einzelner Teile des Heeres, auch (d. h. neben den nach anderen gesetzlichen Vorschriften zuständigen Behörden) den Kriegsgerichtsräten und den Oberkriegsgerichtsräten die Zuständigkeit für die Erledigung von Ersuchen um Rechtshülfe hinsichtlich der Militärpersonen des aktiven Heeres verliehen, und es erstreckt sich die angeführte Vorschrift auch auf die Erledigung von Ersuchen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Ist hiernach die Leistung des Eides seitens des ursprünglichen Klägers am 5. Juli 1916 nicht in gesetzmäßiger Weise erfolgt, so ist, da der ursprüngliche Kläger inzwischen verstorben, also der Schwurpflichtige weggefallen ist, nunmehr der § 471 ZPO. anzuwenden. Es ist daher, da der Eid durch ein bedingtes Urteil auferlegt ist, unter Aufhebung des Urteils in der Sache anderweit zu erkennen (§ 471 Abs. 3 ZPO.). Das ist jedoch nur eine Formvorschrift, durch die nichts daran geändert wird, daß die Parteien nur in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben können (§ 471 Abs. 1 ZPO.), daß also nur über die Beweisfrage anderweit zu entscheiden ist, während der übrige Inhalt des früheren Urteils, das im vorliegenden Falle insoweit rechtskräftig ist, unberührt bleibt;

RGEntsch. 13, 380 (SeuffA. 40 Nr. 322); 23, 358; 38, 413; Ann. des sächs. OLG. 22 S. 529; OLGRspr. 6, 398 ff., SeuffA. 48 Nr. 224; Stein ZPO. [10] § 471 unter III 1 und 2.



Die Beklagten haben über die streitige Vereinbarung den jetzigen Klägern den Eid zugeschoben, der von diesen angenommen worden ist. Der ursprüngliche Kläger hat nun bereits im landgerichtlichen Verfahren beschworen, daß die streitige Vereinbarung, die nach der früheren Behauptung der Beklagten in den Geschäftsräumen des Rechtsanwalts K. zustandegekommen sein sollte, nicht getroffen worden ist. Er hat auch, wie die Beklagten neuerdings behauptet hatten, bereits zweimal beschworen, daß die streitige Vereinbarung nicht im Kaffehaus zum Weißen Hirsch in L. getroffen worden sei. Wenn auch bei der Abnahme dieser beiden letzten Eide nicht den gesetzlichen Vorschriften gemäß verfahren worden ist — beide Eide sind vor dem nicht zuständigen Gerichtsoffizier geleistet und bei der ersten Eidesleistung ist, wie die Niederschrift vom 6. März 1916 ergibt, der Zeugeneid unter Außerachtlassung der Vorschrift in § 481 ZPO. geleistet worden —, so liegt doch kein Anhalt vor, daß der ursprüngliche Kläger sich dieser Mängel bewußt gewesen ist, vielmehr ist anzunehmen, daß er die Eide in der Meinung ausgeschworen hat, daß er sie in gesetzlicher Weise und insbesondere vor einem zuständigen Beamten ableiste. Das Oberlandesgericht hat hiernach die volle richterliche Überzeugung erlangt, daß die beschworenen Tatsachen wahr sind. Die Eideszuschiebung der Beklagten an die jetzigen Kläger ist daher unzulässig (§§ 446 ZPO.).

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 15. März 1917. 5. O 112/15. Ch.

---

165. Das Urteil auf eine Widerspruchsklage gegen den Verteilungsplan schafft Rechtskraft auch für den Anspruch selbst.

ZPO. §§ 322. 876; ZVG. § 115.
Vgl. unten Nr. 168.

Der Geltendmachung der allein noch streitigen Gegenforderung der Beklagten steht die Einrede der Rechtskraft entgegen (§ 322 Abs. 1 ZPO.).

Im C.schen Zw.-Versteigerungsverfahren hatte die Beklagte den streitigen Betrag, den sie aus ihren Mitteln zur Befriedigung einer Hyp.-Gläubigerin verauslagt zu haben behauptete, bei der Kaufgelderverteilung angemeldet, der Kläger hatte dagegen Widerspruch erhoben, und sein Widerspruch war im Vorprozeß der Parteien rechtskräftig für begründet erklärt worden.

Der Widerspruch im Verteilungsverfahren bei der Zw.-Versteigerung eines Grundstücks (§ 115 ZwVG.; §§ 876 ff. ZPO.) betrifft das Recht der Teilnahme an der Zw.-Vollstreckung (RGEntsch. 65, 66; Stein, ZPO.[11], 2, 765), und zwar das bessere Recht. Der Grund des Widerspruchs gehört dem materiellen Recht an (RGEntsch. 15, 224). Wenn auch das nächste Ziel der Widerspruchsklage darauf gerichtet ist, den Gegner von der dabei in Betracht kommenden Teilnahme am Verfahren der Zw.-Vollstreckung wegzudrängen, so geht doch der Anspruch darüber hinaus auf endgültige Befriedigung. Ausgangspunkt und Ziel der Widerspruchsklage ist nicht nur das prozessuale,

sondern auch das materielle Recht auf den Versteigerungserlös (RGEntsch. 15, 221; 62, 168; 71, 426; 78, 63). Demgemäß kann der Widerspruchskläger seinen Anspruch auch auf schuldrechtliche Beziehungen, die zwischen ihm und dem Gegner bestehen, stützen (RGEntsch. 71, 426). Wird daher im Widerspruchsverfahren rechtskräftig festgestellt, daß der Widersprechende das materielle, bessere Recht auf den Versteigerungserlös hat, so regelt sich hierdurch die Rechtslage nicht nur im Rahmen des Zw.-Verst.-Verfahrens, sondern auch unabhängig davon endgültig nach den Grundsätzen von der Rechtskraft. Erhält der mit Erfolg Widersprechende den Versteigerungserlös kraft besseren Rechts rechtskräftig zugesprochen, so ist hiermit auch einem etwaigen Bereicherungsanspruch des unterliegenden Gegners (vgl. § 878 Abs. 2 ZPO.) ohne weiteres der Boden entzogen.

Vermöge der Rechtskraft des Urteils im Vorprozesse ist deshalb die Beklagte gehindert, dem Kläger den ihm dort zuerkannten Betrag wieder zu entreißen;

Stein 2, 766; Jäckel-Güthe. ZwVG. [5] Anm. 1 zu § 113 S. 480; OLG. Königsberg in OLGRspr.. 3, 336/37.

Urteil des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 14. Dez. 1916 B. w. B. U I. 150/15). Schleswholst. Anz. 1917, 92.

---

166. Keine Restitution auf Grund einer Urkunde, über deren Inhalt die Partei sich schon während des früheren Verfahrens unterrichten konnte.

Vgl. 39 Nr. 165; 62 Nr. 267; 69 Nr. 259; 70 Nr. 50.
ZPO. § 580 Nr. 7b.

Der Kläger war auf Grund vollstreckbarer Titel Gläubiger der Margarete E. zu einem Betrage von mindestens 5300 M. Die Schuldnerin und ihre sieben Geschwister, darunter die beiden Beklagten, hatten als Erben ihres im Jahre 1887 verstorbenen Vaters am 28. Juni 1905 einen Erbauseinandersetzungsvertrag geschlossen, wonach der Erbteil der Margarete E. nur noch 5308 M 26 ₰ betrug und die Beklagten sich verpflichteten, diese Summe herauszuzahlen. In zwei vom 29. Juni 1905 datierten Erklärungen hatte aber Margarete E. bekannt, daß ihr Guthaben von 5308 M 26 ₰ durch Gegenansprüche der Beklagten verrechnet sei. Der Kläger hatte nun gegen die Beklagten auf Zahlung von 5300 M geklagt mit der Behauptung, der Vertrag v. 28. Juni 1905 sei zum Schein geschlossen, um die von ihm eingeleitete Zw.-Vollstreckung gegen Margarete E., der ein Erbteil von etwa 57000 M zustehe, zu vereiteln; der Vertrag sei unwirksam und sittenwidrig. — Beide Vorinstanzen erkannten nach dem Klagantrage. Das Ber.-Gericht insbesondere hatte auf Grund der übereinstimmenden eidlichen Zeugnisse der übrigen Geschwister die Über-

zeugung gewonnen, daß der für Margarte E. ausgeworfene Erbteil von 5308 ℳ 26 ₰ höher gewesen und in dieser geringen Höhe nur aufgenommen worden sei, um die Miterbin vor ihren zahlreichen Gläubigern zu schützen. Die Revision der Beklagten war zurückgewiesen worden.

Hiergegen erhoben die Beklagten die Restitutionsklage, die sie unter Berufung auf § 580 Nr. 7 b ZPO. darauf stützten, daß sie erst jetzt eine Urkunde, das sog. Erbschaftshauptbuch, zu benutzen in den Stand gesetzt worden seien, welche eine ihnen günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Dieses Buch war unstreitig nicht etwa neu aufgefunden worden; seiner war bereits in dem rechtskräftig geschlossenen Verfahren gedacht worden und die Parteien hatten über das Buch und seine Bedeutung sowie darüber, wo es sich befinde, eingehend verhandelt. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten war das Buch ursprünglich vom Erblasser geführt worden und befand sich nach seinem Tode in den Händen des Miterben Edwin E., der eine gewisse Zeit hindurch die Verwaltung geführt und Eintragungen in das Buch gemacht hatte. Die Beklagten trugen vor, daß sie vom Inhalt des Buches erst später Kenntnis erhalten hätten; sie machten geltend, daß bei früherer Verwendung des Buches sich ein so erheblicher Widerspruch mit den Zeugenaussagen ergeben haben würde, daß diese nicht mehr die Grundlage des Urteils hätten bilden können; auch wäre daraus darzutun gewesen, daß die Berechnung des Erbteils der Margarete E. auf 57000 ℳ unrichtig sei. — Das Kammergericht wies die Restitutionsklage zurück, weil die Beklagten das Buch in der Tat schon vor der Erlassung des mit der Klage angegriffenen Urteils hätten benutzen können. — Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Es kann sich nur noch fragen, ob die von der Revision vertretene einschränkende Auslegung des § 580 Nr. 7 b ZPO. zu billigen ist. Die Frage ist, ob die Partei im Sinne dieser Vorschrift zur Benutzung einer ihr als vorhanden bekannten Urkunde erst dann als instandgesetzt zu gelten habe, wenn sie den Inhalt der Urkunde kennt, oder aber schon dann, wenn sie die Urkunde zu beschaffen und sich über ihren Inhalt zu unterrichten vermag.

Es braucht nicht erörtert zu werden, ob der erstangeführten Auffassung etwa unter besonderen Umständen beizutreten sein möchte, so dann, wenn die Sacherheblichkeit der Urkunde an sich so fern liegt, so wenig wahrscheinlich ist, daß mit ihr überhaupt nicht zu rechnen war, und ob solchenfalls nicht vielmehr richtig der andre Fall des § 580 Nr. 7 b anzunehmen sein würde, daß die Urkunde neu „aufgefunden" sei. Denn solche besonderen Umstände kommen hier nicht in Betracht. Im allgemeinen aber und grundsätzlich ist die Frage nach dem Zweck und nach dem Wortlaut der Vorschrift gegen die Revision zu entscheiden.

Die aus Billigkeitsgründen vom Gesetz gewährte Restitutionsklage ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, und die Rechtssicherheit fordert seine Ein-

schränkung auf die unumgänglich notwendigen Fälle (RGEntsch. 84, 145). Bei dem Fall des § 580 Nr. 7b handelt es sich um die Benutzung zur Führung eines nachträglichen Urkundenbeweises: der Restitutionskläger hat zu beweisen, daß er jetzt zur Beweisführung imstande wäre, während er es vordem nicht war. Dabei stehen sich aber die verschiedenen Formen der Antretung des Urkundenbeweises gleich: § 420 (eigene Vorlegung), §§ 421 ff. (Antrag, dem Gegner die Vorlegung aufzugeben), §§ 428 ff. (Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Herbeischaffung der in den Händen eines Dritten befindlichen Urkunde), §§ 432 ff. (Antrag auf Erhebung der Urkunde bei einer öffentlichen Behörde). Bezüglich des Erbschaftshauptbuchs konnte mithin auch schon vor Abschluß des früheren Verfahrens der Antrag auf Fristbestimmung nach § 428 ZPO. gestellt werden, wenn, wie die Beklagten selbst angeben, das Buch sich bei Edwin E. befand, und damit war der Urkundenbeweis angetreten. Das Buch war also an sich benutzbar, nur mußte für den praktischen Zweck der Beweisführung sich die Partei Wissenschaft von seinem Inhalt verschaffen, also die Vorlegung des Buches erlangen. Daß sie dies nicht tat, nicht einmal versuchte, kann ihr keinen Wiederaufnahmegrund verschaffen. In der Lage der Beklagten hat sich gegen das frühere Verfahren nur das eine geändert: die Beurteilung der Beweiserheblichkeit des Buchs. Sie haben diese vordem verneint, vielleicht auch bloß bezweifelt, jetzt — durch Bekanntwerden mit dem Inhalt des Buches — sind sie eines Besseren belehrt. Das kann zur Wiederaufnahme nicht führen. Der Wortlaut des Gesetzes spricht auch nur von „benutzen". Daß damit nur ein Benutzen in dem Sinne zu verstehen wäre, wie es an sich die Beweisantrittserklärung voraussetzt, mit Kenntnis der Erheblichkeit, des Beweiswerts, liegt im Worte nicht, das vielmehr auch die Benutzung zur voraufgehenden Information decken kann. Ergibt eine solche die Unverwertbarkeit des Beweismittels, so muß die Partei eben auf seine Geltendmachung verzichten. Demgegenüber wäre es ein praktisch unannehmbares Ergebnis, wenn die Partei lediglich dadurch, daß sie sich über den Inhalt einer ihr bekannten und erlangbaren Urkunde nicht näher unterrichtet, einen Wiederaufnahmegrund wenigstens insoweit schaffen könnte, daß ihre Klage i. S. des § 580 ZPO. statthaft, mithin zuzulassen und sachlich zu beurteilen wäre. Wenn in RGEntsch. 48, 375 für veröffentlichte Patentschriften, weil sie öffentliche Druckschriften (i. S. des § 2 PatG.) seien, schlechthin verneint wird, daß sie überhaupt zeitweilig nicht bekannt oder sonst nicht benutzbar gewesen sein könnten, so könnte sich demgegenüber doch auch ein Wiederaufnahmekläger nicht etwa darauf berufen, der Inhalt der Druckschrift sei ihm erst nachträglich bekannt geworden (vgl. im allg. auch noch JW. 1909, 464 und RGEntsch. 84, 145)."

Urteil des Reichsgericht (6. Sen.) v. 16. Okt. 1906. E. u. Gen. (Bkl.) w. B. (KG. Berlin). VI. 227/15. Auch in RGEntsch. 89 Nr. 1 S. 1.

167. Ist das Ehegericht bei einer einstweil. Verfügung wegen der Kinder an einen vorangegangenen Beschluß des Vormundschaftsgerichts gebunden?

Vgl. 56 Nr. 50; 69 Nr. 250; auch 65 Nr. 191 m. N.; 69 Nr. 250; 70 Nr. 42.
ZPO. § 627; BGB. § 1666.

In dem Ehescheidungsstreit der Parteien ordnete das Ber.-Gericht auf Antrag der verklagten und widerklagenden Frau durch einstweil. Verfügung v. 3. Febr. 1916 an, daß die Sorge für die minderjährigen Kinder der Parteien Edith, geboren am 6. Juli 1908, und Ruth, geboren am 6. September 1911, soweit es sich nicht um die gesetzliche Vertretung handle, für die Dauer des Rechtsstreits der Mutter, der Beklagten, übertragen werde. — Auf Widerspruch des Klägers wurde die Verfügung aufgehoben. Aus den Gründen:

„Auf Antrag der Beklagten hat das Amtsgericht D. als Vormundschaftsgericht nach umfangreichen Erörterungen durch Beschluß v. 25. Sept. 1915 dem Kläger die Sorge für die Person der minderjährigen Töchter E. und R. entzogen, weil es für bewiesen angesehen hat, daß er das geistige und leibliche Wohl der Kinder dadurch gefährde, daß er sie vernachlässigt und sich eines unsittlichen Verhaltens schuldig gemacht habe. Auf Beschwerde des Klägers hat das Landgericht nach weiteren Beweiserhebungen durch Beschluß v. 31. Dez. 1915 die amtsgerichtliche Entscheidung aufgehoben, indem es ausführt, es fehle an ausreichendem Beweise für eine Vernachlässigung der Kinder durch den Vater, jedenfalls aber erscheine zurzeit eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles der Kinder durch den Vater nicht beanzeigt. Die weitere Beschwerde der Frau ist vom Oberlandesgericht am 12. Febr. 1916 als unbegründet zurückgewiesen worden.

Der Kläger nimmt nun auf den Beschluß des Landgerichts v. 31. Dez. 1915 Bezug und macht geltend, daß mit Rücksicht auf die hiernach vorliegende vormundschaftsgerichtliche Entscheidung eine vom Eheprozeßgericht ausgehende Regelung der Kinderfürsorge, wie sie in der mit dem Widerspruch angefochtenen einstweil. Verfügung v. 3. Febr. 1916 getroffen sei, überhaupt nicht zulässig gewesen oder wenigstens jetzt, nachdem der landgerichtliche Beschluß vom Oberlandesgericht bestätigt worden sei, nicht mehr aufrechtzuerhalten sei. Das kann aber nicht als richtig anerkannt werden. Die in Frage stehenden Anordnungen des Prozeßgerichts und des Vorm.-Gerichts sind in ihren Voraussetzungen und Wirkungen verschieden und stehen sich gleichberechtigt gegenüber. Das Vorm.-Gericht darf nur einschreiten, wenn ein Fall des § 1666 BGB. Abs. 1 gegeben ist (vgl. ZBlFG. 14, 696), also nur dann, wenn das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, es vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht. Die zur Abwendung der Gefahr zu treffenden Maßnahmen, die auch darin bestehen können, daß dem Vater die Sorge für die Person des Kindes entzogen wird, unterliegen keiner

zeitlichen Beschränkung. Das Gericht des Eheprozesses dagegen kann Anordnungen wegen der Sorge für die Person der minderjährigen Kinder der Parteien nach § 627 ZPO. nur für die Dauer des Rechtsstreits erlassen, ist aber dabei an die materiellrechtlichen Bestimmungen der §§ 1627 ff. BGB. nicht gebunden, sondern nimmt für die erforderliche einstweilige Regelung eine freiere Stellung ein, kann insbesondere die Sorge für die Person der Kinder, soweit es sich nicht um die gesetzliche Vertretung handelt, vom Vater auch dann auf die Mutter übertragen, wenn es an den Voraussetzungen des § 1666 BGB. Abs. 1 fehlt (RG. im Recht 11 Nr. 2613). Der Umstand, daß nach der Entscheidung des Landgerichts ein Anlaß zum vormundschaftsgerichtlichen Einschreiten gegen den Kläger aus § 1666 BGB. nicht vorliegt, läßt mithin eine einstweilige Regelung des Sorgerechts, wie sie in der einstweil. Verfügung v. 3. Febr. 1916 durch das Prozeßgericht erfolgt ist, keineswegs als unzulässig erscheinen.

Bei der Prüfung der Frage, ob und welche Anordnungen wegen der Sorge für die Person der Kinder zu treffen sind, hat das Prozeßgericht in erster Linie auf das Wohl der Kinder Rücksicht zu nehmen (BGB. von RGRäten § 1635 Anm. 2; OLGRspr. 23, 199; Recht 11 Nr. 2613). Diese Rücksicht kann, wenn der Ausgang des Eheprozesses mit ziemlicher Sicherheit vorauszusehen ist, dazu führen, die dem § 1635 BGB., der die Kinderfürsorge unter den Eltern für die Zeit nach der Scheidung regelt, entsprechende Zuweisung schon jetzt eintreten zu lassen, um einen für die Erziehung der Kinder unzuträglichen Wechsel des Aufenthalts zu vermeiden. Liegen bezüglich keines der Ehegatten Bedenken vor, ihm die Kinder anzuvertrauen, so wird in Hinblick auf das natürliche Übergewicht des Vaters als des Hauptes der Familie diesem die Erziehung der Kinder nicht zu versagen sein, dafern nicht etwa aus besonderen Gründen die Mutter als geeigneter anzusehen ist, was in der Regel bei Kindern von sehr jugendlichem Alter zutreffen wird.

Im gegenwärtigen Falle läßt sich jetzt noch nicht mit einiger Sicherheit feststellen, ob die eine oder die andere Partei oder beide werden für schuldig erklärt werden, so daß der § 1635 BGB. Satz 1 als Anhaltspunkt für die richterliche Entscheidung nicht dienen kann. — — — Es sind indes in der Verhandlung Umstände hervorgetreten, die dafür sprechen, die Kinder doch dem Vater zu belassen.

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 13. April 1916. L. w. L. 5 O. Ar. 2/16. —e—.

---

168. Unzulässigkeit einer Zurückbehaltungseinrede und einer Widerklage gegenüber der Widerspruchsklage gegen eine Pfändung.

Vgl. 42 Nr. 187 m. N.; 54 Nr. 198; 61 Nr. 143; auch oben Nr. 126 und Nr. 165.
ZPO. §§ 771. 33; BGB. § 273.

Kläger erhebt die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO., indem er verlangt, daß die Zw.-Vollstreckung in gewisse Sachen für unzulässig erklärt werde.

Damit macht er ein im wesentlichen prozessuales Recht geltend, bei welchem das die Veräußerung hindernde Recht wohl einen Entscheidungsgrund abgibt, während Gegenstand des Anspruchs lediglich die Unzulässigkeit der Zw.-Vollstreckung ist (vgl. RGEntsch. 13, 299; 61, 431; 70, 25.) Mit Recht hat der Kläger demnach den Antrag der Klage dahin formuliert, die Zw.-Vollstreckung für unzulässig zu erklären. Wenn auch diese Formulierung nicht vorgeschrieben ist, so ist sie doch von der Praxis nicht nur für zulässig, sondern für einzig und allein richtig erklärt. Damit ist zugleich der Anspruch als ein nur prozessualer gekennzeichnet. Er geht demnach nicht auf eine geschuldete Leistung, wie § 273 BGB. voraussetzt; es liegt überhaupt zwischen den Parteien kein Schuldverhältnis vor (vgl. die Worte in § 273 BGB: wofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt.) Demgemäß ist ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf Unzulässigkeitserklärung der Zw.-Vollstreckung ausgeschlossen. Dies hat das OLG. Hamburg sogar in einem Fall angenommen, wo der Antrag darauf gerichtet war, den Beklagten zu verurteilen, die Pfändung aufzuheben, wo also dem Wortlaut nach der Beklagte zu einem Tun verurteilt werden sollte; und dieser Ansicht hat sich auch Gaupp-Stein (Anm. III Nr. 4 zu § 771 PZO) angeschlossen. Allerdings kann der Kläger möglicherweise mit einer solchen Widerspruchsklage auch einen materiellrechtlichen Anspruch verbinden; in diesem Fall wäre unter Umständen für den Beklagten die Möglichkeit geschaffen, ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben. Das hat aber der Kläger in diesem Fall nicht getan. Bei dieser Sachlage hat demnach der Vorderrichter mit Recht die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts für unzulässig erklärt.

Daraus folgt aber auch mit Notwendigkeit, daß in gleicher Weise diesem Antrage gegenüber eine Widerklage nach § 33 ZPO. unzulässig ist, da § 33 ZPO. nicht bloß den Gerichtsstand sondern auch die Zulässigkeit der Widerklage regelt. Denn da mit der Klage kein materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, kann der Gegenanspruch nicht mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch in Zusammenhang stehen. Allerdings genügt es für die Anwendbarkeit des § 33 ZPO., daß der Gegenanspruch mit dem gegen den Klaganspruch vorgebrachten Verteidigungsmittel in Zusammenhang steht, und an sich liegt diese Voraussetzung hier vor, da die Widerklage mit dem geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht zusammenhängt. Aber wie das Reichsgericht (Entsch. 23, 398, in SeuffA. 45 Nr. 127) zutreffend ausführt, kann diese Vorschrift nur dahin verstanden werden, daß ein rechtlicher Zusammenhang mit einem gegen die Klage vorgebrachten rechtlich zulässigen Verteidigungsmittel erfordert wird; denn unmöglich kann das Gesetz, welches die Zulässigkeit der Widerklage bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen unterwerfen wollte, zugleich dem Beklagten die Befugnis haben einräumen wollen, sich den Weg für eine an sich unzulässige Widerklage dadurch zu öffnen, daß er aus der Widerklage gegen die Klage eine rechtlich unzulässige Einrede tatsächlich vorschützt. Es kommt

somit nicht auf das tatsächliche Vorbringen des Verteidigungsmittels, sondern auf dessen rechtliche Zulässigkeit an. Ist das Verteidigungsmittel rechtlich unzulässig, so ist damit auch die Unzulässigkeit der damit in Zusammenhang stehenden Widerklage gegeben. Auch in dieser Beziehung sind demnach die Ausführungen des Vorderrichters, welche mit der erwähnten Entscheidung des OLG. Hamburg (Busch ZZP. 27, 180) in Einklang stehen, durchaus zutreffend. — — —"

Urteil des OLG. zu Königsberg (2. Sen.) v. 21. Dez. 1916. R. w. C. 3 U. 85/16. Th.

---

169. Begriff der Zwangsvollstreckungskosten.

ZPO. § 788.

Durch Urteil des Landgerichts v. 8. März 1916 ist das Gesellschaftsverhältnis der Parteien aufgelöst und der Beklagte mit den Kosten des Rechtsstreits belastet worden. Der Kläger hat dann ein Verfahren betr. Ernennung eines Liquidators für die Gesellschaft eingeleitet und jetzt beantragt, die ihm dadurch entstandenen Kosten als Zw.-Vollstr.-Kosten gegen den Beklagten festzusetzen. Das Landgericht hat diesen Antrag mit Recht abgewiesen. Unter den Kosten der Zw.-Vollstreckung nach § 788 ZPO. sind nur solche Kosten zu verstehen, die unmittelbar zum Zweck der Vorbereitung und des Betriebes der Vollstreckung aufgewandt worden sind (Gaupp-Stein § 788 I, 2). Dazu können aber nicht die durch Bestellung eines Liquidators für die aufgelöste Gesellschaft entstandenen Kosten gerechnet werden. Die Liquidation ist eine Maßnahme, die erst der Auflösung der Gesellschaft folgt; sie enthält keineswegs eine die Auflösung selbst betreffende Zw.-Vollstr.-Handlung. Der Umstand, daß der Kläger die ihm erwachsenen Kosten ev. in einem besonderen Rechtsstreit geltend machen muß, steht mit dieser Auffassung um so weniger im Widerspruch, als nach § 788 ZPO. die Kosten der Zw.-Vollstreckung mit dem Anspruch selbst beizutreiben sind, das Gesetz also davon ausgeht, daß als Zw.-Vollstr.-Kosten nur liquide Kosten in Betracht kommen können; um solche Kosten handelt es sich aber, wie Kläger selbst zugibt, hier nicht.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 5. Juni 1917. F. w. St. Bs. Z. VI. 36/17. Nö.

---

170. Beschlüsse der Beschwerdeinstanz in Grundbuchsachen sind auch in tatsächlicher Beziehung ausreichend zu begründen.

Vgl. 71 Nr. 127.

GBO. § 77.

Der angefochtene Beschluß des Landgerichts unterliegt aus dem formellen Grunde einer Verletzung des § 77 GBO. der Aufhebung.

Nach § 77 GBO. ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts mit Gründen zu versehen. Der Zweck dieser Vorschrift ist der, für die Beurteilung des Gerichts

der weiteren Beschwerde eine Grundlage zu schaffen. Damit dies der Fall sei, genügt nicht eine Begründung im eigentlichen (engeren) Sinne, d. h. eine bloße Angabe der rechtlichen Erwägungen des Beschwerdegerichts, auf Grund deren es zu seiner Entscheidung gekommen ist, sondern das Beschwerdegericht muß auch die tatsächlichen Verhältnisse, auf denen seine Rechtsauffassung beruht, endgültig feststellen. Denn in Grundbuchsachen (§ 78 GBO.) muß ebenso wie in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 27 FGG.) mit Rücksicht auf die Natur der weiteren Beschwerde als eines der Revision gleichstehenden Rechtsmittels an die Begründung einer Beschwerdeentscheidung die Anforderung gestellt werden, daß sie aus sich heraus dem Gericht der weiteren Beschwerde den Sachverhalt erkennbar macht. Während nämlich nach der Zivilprozeßordnung das Gericht der weiteren Beschwerde ebenso wie das Beschwerdegericht (im Gegensatz zum Revisionsgericht gemäß § 561 ZPO.) auf der Grundlage des gesamten Akteninhalts zu entscheiden und daraus selbständig die für seine Entscheidung erforderliche Grundlage in tatsächlicher Beziehung zu schaffen hat,

vgl. auch Gaupp-Stein zu § 573 ZPO. unter III und Schlegelberger Anm. 16 zu § 25 FGG.,

ist dieses Verfahren für das Gericht der weiteren Beschwerde im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchs unzulässig. Hier sind für das Gericht des dritten Rechtszuges gemäß § 27 FGG. und § 78 GBO., je in Verbindung mit § 561 ZPO. die in der angefochtenen landgerichtlichen Entscheidung festgestellten Tatsachen maßgebend und es dürfen außer diesen andre Tatsachen in der Regel nicht berücksichtigt werden. Deshalb muß auch die Begründung des landgerichtlichen Beschlusses klar erkennen lassen, auf welche Tatsachen das Landgericht seine Rechtsausführungen aufbaut, wenn es auch für manche Fälle zu weit gehen mag, unbedingt eine vollständige und erschöpfende Sachdarstellung zu verlangen, wie in der Entscheidung des Kammergerichts v. 3. März 1902 (OLGRspr. 4, 351) erörtert ist.

Vgl. auch Güthe [3] Anm. 16; Predari [2] Anm. 1; Arnheim [2] Anm. 9 zu § 77 GBO.; Schlegelberger Anm. 15 zu § 27 und Anm. 17 zu § 25 FGG.; OLGRspr. 4, 412 (Jena) und den bei Schlegelberger erwähnten Beschluß des Senats v. 20. März 1913 (1X. 63/13).

An diesen Erfordernissen ist umsomehr festzuhalten, wenn — wie vorliegend — eine in tatsächlicher wie rechtlicher Beziehung besonders schwierige Angelegenheit von weitgehender Bedeutung in Frage steht.

Beschluß des KG. zu Berlin (1. ZS.) v. 11. Nov. 1915, Grdb. von Schleswig Bd. 38 Bl. 1763. 1. X. 242/15. SchleswHolst.Anz. 1917, 52.

I. Bürgerliches Recht.

171. Das Auftreten als Kaufmann rechtfertigt nicht die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist des § 196 Nr. 1 BGB.

BGB. § 196[1]; HGB. § 1.

— — — Unbestritten kommt der Kläger weder als Kaufmann i. S. des § 1 noch, da ein Eintrag in das Handelsregister nicht stattgefunden hat, i. S. des § 2 HGB. in Betracht. Die Beklagte versucht denn auch die Anwendbarkeit der Nr. 1 des § 196 nur noch daraus herzuleiten, daß Kläger tatsächlich ein nach § 2 HGB. eintragspflichtiges Unternehmen nach kaufmännischer Art betrieben und somit im Rechtsverkehr wie ein Kaufmann aufgetreten sei, so daß er allgemein als solcher zu gelten habe. Allein dem Ber.-Richter ist darin beizutreten, daß es einen Rechtssatz, nach dem derjenige, der im Rechtsverkehr wie ein Kaufmann auftritt, lediglich wegen dieses seines Auftretens ganz allgemein als Kaufmann zu gelten habe, nicht gibt. Schon die Vorschrift des § 2 HGB., wonach erst nach erfolgtem Eintrag der Firma in das Handelsregister das betreffende Unternehmen als Handelsgewerbe i. S. des Gesetzes und damit dessen Inhaber als Kaufmann zu gelten hat, spricht gegen das Bestehen eines solchen Rechtssatzes. In einem Fall, wie dem vorliegenden, in dem überhaupt irgendein Eintrag in das Handelsregister nicht in Frage steht, wird es allerdings zum Schutz des redlichen Verkehrs gerechtfertigt sein, in Anwendung der in den §§ 157 und 242 BGB. ausgesprochenen Rechtsgrundsätze denjenigen, der, sei es allgemein im Rechtsverkehr oder sei es einer bestimmten andern Person gegenüber, wahrheitwidrig sich als Kaufmann ausgegeben hat, zugunsten seines Vertragsgenossen als Kaufmann zu behandeln. Insoweit als der gutgläubige Vertragsgenosse nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte infolge des Auftretens des Scheinkaufmanns zu der Annahme berechtigt erscheint, daß des letzteren ausdrücklicher oder stillschweigender Willenserklärung eine bestimmte Bedeutung, ein bestimmter Inhalt zukomme, erfordert es die Sicherheit des Verkehrs, daß die Erklärung gleich wie die eines Kaufmanns zu beurteilen ist. Soweit es sich jedoch nicht um den Schutz des redlichen Verkehrs in diesem Sinn handelt, insbesondere insoweit die Anwendbarkeit der ver-

schiedenen die Verjährung betreffenden gesetzlichen Vorschriften in Frage kommt, fehlt es an jedem Rechtsgrund dafür, den im Handelsregister nicht eingetragenen Nichtkaufmann lediglich deshalb den für Kaufleute gegebenen Verjährungsvorschriften zu unterwerfen, weil er als Kaufmann aufgetreten ist. — — —

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 19. Sept. 1916. Grube M. (Bkl.) w. B. (OLG. Naumburg). VII. 140/16. Auch in RGEntsch. 89 Nr. 35 S. 163.

---

172. Bedeutung von Kompensationskäufen im Handel.

BGB. § 389.

Die Klägerin kaufte von der Beklagten am 18. Juli 1914 1000 Zentner Salpeter und am 22. Juli 1914 450 Zentner, Lieferung Februar/März 1915. In Gemäßheit der auf der Schlußnote enthaltenen Bestimmungen über höhere Gewalt wurden die Verträge auf Februar/März 1916 geschoben. Bezüglich der 1000 Zentner bezahlte Klägerin ein Aufgeld von 396 ℳ an die Beklagte. Am 16. Juli 1915 kaufte die Beklagte die 1450 Zentner in Rückkauf in Kompensation mit den vorstehenden Verträgen von der Klägerin, Lieferung Februar/März 1916. Am 29. Januar 1916 sandte Klägerin die Rechnung über 1171,25 ℳ über die in Kompensation verkauften 1450 Zentner an die Beklagte. Da die Beklagte Zahlung verweigerte, erhob Klägerin auf Zahlung des Betrages Klage. Die Beklagte wurde verurteilt. Aus den Gründen:

„Da die Beklagte dieselben 1450 Sack Salpeter, die sie der Klägerin verkauft hatte, in Kompensation mit diesen Kaufverträgen zurückgekauft hat, so erscheint eine tatsächliche Erfüllung dieser sich gegenüberstehenden Verträge begrifflich ausgeschlossen. Vielmehr hat in diesem Fall nach § 389 BGB. grundsätzlich eine Aufrechnung der beiderseitigen Forderungen im Augenblick ihres Gegenübertretens, d. h. der Abschließung des Rückkauf- und Kompensationsvertrages, stattgefunden und ist der einen Partei, hier der Klägerin, eine Forderung auf den überschießenden Betrag der Kaufpreise erwachsen. Die Beklagte stellt dies auch grundsätzlich nicht in Abrede, will aber für den Salpeterhandel einen abweichenden Brauch nach der Richtung behaupten, daß den Vertragsteilen für die Geltendmachung und Ausführung der aus solchen Verträgen entspringenden Rechte die Möglichkeit der tatsächlichen Abwicklung der betreffenden Lieferungsverträge offen gelassen werde. Was die Beklagte aber nach dieser Richtung beigebracht hat, ist nicht genügend, um auch nur die Unterlage für eine Beweisaufnahme durch Einziehung eines Sachverständigengutachtens zu gewähren. Es mag zugegeben werden, daß in Friedenszeiten hier und da solche Rückkaufverträge auch tatsächlich durch Übergabe von Lieferscheinen ausgeführt worden sind, wenngleich dies nach der Angabe des Prokuristen der Beklagten nur selten geschehen ist. Aber da-

mals machte eine solche von den Vertragsteilen gewählte Erledigung keinerlei Schwierigkeiten, da sich stets genügend Ware am Markte befand. Entscheidend ist, ob auch unter den ganz veränderten Verhältnissen des Krieges und bei einem Kompensationsvertrage, der im Juli 1915, also zu einer Zeit, da der Krieg schon ein Jahr dauerte, sein Ende nicht abzusehen, wohl aber mit einer Lieferungsmöglichkeit im Februar/März 1916 garnicht zu rechnen war, abgeschlossen worden ist, ein derartiger Handelsbrauch besteht. Es erscheint ausgeschlossen und ist auch von der Beklagten garnicht behauptet worden, daß sich für solche Fälle ein derartiger Brauch gebildet oder auch nur vereinzelt eine solche Abwicklung der Verträge stattgefunden haben sollte. Die ganze Beweisführung der Beklagten ist lediglich auf die von den gegenwärtigen ganz verschiedenen Friedensverhältnisse abgestellt und kann daher nicht in Betracht kommen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 22. Mai 1917. S. B. (Kl.) w. Schl. & M. Bf. VI. 408/16. Nö.

---

173. Begriff der Abladung beim überseeischen Abladegeschäft.

Vgl. 66 Nr. 202 m. N.; 71 Nr. 157; 72 Nr. 32.
BGB. §§ 447. 361.

Laut Schlußschein v. 8. Juni 1914 hatte die Klägerin von der Beklagten ca. 50 Tonnen prima amerikanisches Elektrolytkupfer gekauft zum Preise von 129,50 *M* für 100 Kilo, Verladung von Amerika im Juli 1914, Lieferung cif Hamburg oder Häfen gleicher Frachtparität, andre Häfen mit dem üblichen Aufschlag in Käufers Wahl, Zahlung netto Kasse gegen Dokumente. Die Beklagte lud die Ware in den am 30. Juli 1914 zur Abfahrt von Neuyork nach Hamburg fälligen Dampfer der Amerika-Linie „President Grant" ein und teilte die geschehene Verladung der Klägerin am 31. Juli telegraphisch mit. Weil aber der Dampfer des inzwischen ausgebrochenen Krieges wegen entweder nicht abfuhr oder doch nach kurzer Fahrt wieder umkehrte, wurde die Ware in Neuyork wieder gelöscht und, wie die Klägerin behauptet, an den Ablader zurückgegeben. Am 11. August bat die Klägerin um eine Rechnung, sobald die Verschiffung der Ware erfolgt sei, und reichlich zwei Monate später, am 19. Oktober, ersuchte sie die Beklagte, die Verschiffung nunmehr unverzüglich per Kabel nach Rotterdam oder welchen sonstigen neutralen Hafen sie bestimmen wolle zur Verschiffung zu bringen. Die Beklagte lehnte dies nach einem weiteren Briefwechsel ab. Die Klägerin verlangte dann Schadenersatz wegen Nichterfüllung, wurde aber mit diesem Anspruch abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es ist eine Ware verkauft worden, welche seitens der Verkäuferin im Juli 1914 von Amerika zu verladen und „cif Hamburg oder Häfen gleicher

Frachtparität, andre Häfen mit dem üblichen Aufschlag in Käufers Wahl, netto Kasse gegen Dokumente" zu liefern war. Daß bei einem solchen Vertrage der Abladehafen für die Vertragspflichten des Verkäufers jedenfalls insoweit der Erfüllungsort ist, als es sich um die Übergabe der verkauften Ware an den Käufer handelt, und daß mit ihrer Auslieferung an den Schiffer die Gefahr der Ware regelmäßig auf den Käufer übergeht, ist anerkannten Rechtens und entspricht auch den im Vertrage für maßgeblich erklärten Platzusanzen für den hiesigen Warenhandel (Börsen-Handb. 1910, 154). Bildet, wie hier, eine nur der Gattung nach bestimmte Sache den Gegenstand des Kaufes, so muß freilich noch hinzukommen, daß der Verkäufer dem Käufer die erfolgte Verladung anzeigt. Durch die Verladungsanzeige vollzieht sich nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Kaufleute die im § 243 Abs. 2 BGB. vorgesehene Beschränkung des Schuldverhältnisses, ohne welche bei Gattungsschulden ein Übergang der Gefahr nicht denkbar ist.

Den ihr nach diesem Vertrage obliegenden Verpflichtungen hat nun aber die Beklagte im ganzen Umfange genügt, indem sie — worüber kein Streit ist — die von ihr nach dem Vertrage zu liefernde und gegen Seegefahr gehörig versicherte Ware auf Grund des mit der Reederei des „President Grant" geschlossenen Frachtvertrages in den für den 30. Juli 1914 zur Abfahrt von Neuyork nach Hamburg fälligen Dampfer einladen ließ und der Käuferin hiervon am 31. Juli 1914 telegraphisch und brieflich Anzeige machte. Eine weitere Verpflichtung bestand für sie nicht. Wurde demnächst, nachdem am 1. August 1914 der Krieg ausgebrochen und die Reederei auf Grund der ihr im § 629 Nr. 2 HGB. gewährten Befugnis vom Frachtvertrage zurückgetreten war, die Ware aus dem Schiff ohne Zutun der Beklagten wieder ausgeladen, so war das ein Umstand, den die Beklagte nicht zu vertreten hatte.

Bestand schon aus diesem Grunde für die Beklagte keine Verpflichtung, die Ware von neuem zu verladen, so kommt hinzu, daß mit dem 31. Juli 1914 die Verladungsfrist abgelaufen war. Nach ihrem Ablauf konnte aber, da bei Abladungsgeschäften der hier fraglichen Art die Bestimmung der Frist eine wesentliche Vertragsbedingung bildet, die Käuferin die Verladung überhaupt nicht mehr verlangen, und die Verkäuferin brauchte einem solchen Verlangen nicht Folge zu leisten. Das verkennt die Klägerin jetzt auch selbst nicht mehr, sie vertritt aber den Standpunkt, daß die Beklagte sich mit der Ausführung des Abrufs der Klägerin v. 19. Oktober grundsätzlich einverstanden erklärt habe. Darin kann ihr nicht beigetreten werden. Die Beklagte hatte hinreichend deutlich, wenn auch ohne besonderen Hinweis auf den Ablauf der Verladungsfrist, zum Ausdruck gebracht, daß sie sich zu einer nochmaligen Verladung nicht für verpflichtet halte, weil der Vertrag durch die Einladung der Ware in den Dampfer „President Grant" seine ordnungmäßige Erledigung gefunden habe. Wenn sie sich dann später — unter gewissen Bedin-

gungen, die abseiten der Klägerin nicht genehmigt wurden — bereit erklärte, die Ware doch noch zur Verschiffung zu bringen, so lag darin ein Entgegenkommen, zu welchem sie der Klägerin gegenüber nicht verpflichtet war und durch welches sie nicht gehindert wird, im Prozesse auf den früher von ihr eingenommenen ablehnenden Standpunkt zurückzugreifen.

Zu einer andern Beurteilung kann auch die Erwägung nicht führen, daß der Verkäufer, indem er die Versendung der Ware bewirke, damit ein Geschäft des Käufers besorge, als dessen Beauftragter er insoweit anzusehen sei. Denn der übernommene Auftrag war nach der Natur des Cif-Verkaufs darauf beschränkt, die gegen Seegefahr versicherte Ware ordnungmäßig auf den Weg zu bringen, und dieser Verpflichtung wurde durch den Abschluß des Frachtvertrages und die Übergabe der Ware an das Schiff genügt. Dafür, daß das Schiff die Reise antrat und den Bestimmungshafen erreichte, hatte die Verkäuferin nicht einzustehen.

Mit Recht beruft sich die Beklagte aber ferner darauf, daß ihr eine schuldhafte Nichterfüllung des Vertrages auch um deswillen nicht zur Last falle, weil ihr bei der durch den Krieg geschaffenen Sachlage eine Verschiffung der Ware nach Rotterdam oder einem andern neutralen Hafen, wie sie von der Klägerin im Briefe v. 19. Oktober verlangt wurde, nicht zuzumuten gewesen sei. Zutreffend hat in dieser Beziehung der Vorderrichter erwogen, daß eine Verschiffung von Kupfer nach jenen Häfen, soweit sie überhaupt möglich war, doch nur in der Weise erfolgen konnte, daß die Konnossemente auf den Namen einer im neutralen Hafen ansässigen Firma ausgestellt wurden, daß es aber nicht Sache der Beklagten gewesen sei, eine solche Firma ausfindig zu machen, und daß sie in dieser Hinsicht von der Klägerin keinerlei Anweisung erhalten habe. Hinzukommt, daß Kupfer seit Anfang Oktober 1914 in Amerika zur Verladung nach Holland nur angenommen wurde, wenn die Ware an die holländische Regierung adressiert war, welche die dazu nötige Genehmigung nur erteilte, wenn für das Verbleiben der Ware in Holland Garantie geleistet wurde. Ob es zu der in Betracht kommenden Zeit möglich gewesen wäre, die Ware ohne entsprechende Garantie nach andern neutralen Ländern zu verschiffen, und ob eine solche Verschiffung nach nordischen Häfen in der Tat stattgefunden hat, kann dahingestellt bleiben, weil feststeht, daß jede solche Verschiffung ungewöhnlichen Schwierigkeiten begegnete und überdies das Schiff und die Ware der Gefahr einer Wegnahme durch eine der feindlichen Mächte aussetzte. Bei solcher durch den Krieg veränderten Sachlage ist aber eine Verpflichtung der Beklagten, die Ware von neuem zur Verschiffung zu bringen, auch bei weitestgehender Auslegung der von ihr übernommenen Versendungspflicht nicht anzuerkennen.

Ob die Klägerin, nachdem die Ware aus dem Schiffe wieder gelöscht war, deren Auslieferung in Neuyork hätte fordern können, kann dahingestellt bleiben, weil ein solches Verlangen von ihr nicht gestellt worden ist.

Die Klage auf Ersatz eines Nichterfüllungsschadens ist aus den angeführten Gründen mit Recht abgewiesen worden.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 14. Dez. 1916. A. (Kl.) w. E. u. Gen. Bf. III. 205. 278/16. B.

---

174. Eine verspätete Kündigung kann für den nächstfolgenden Kündigungstermin wirksam werden.

BGB. § 564.

Der klagende Verwalter des Nachlasses des im Frühjahr 1915 verstorbenen S. kündigte durch Schreiben v. 30. Dez. 1915 den zwischen S. und den Beklagten bestehenden Mietvertrag auf den 1. April 1916. Die Beklagten wiesen die Kündigung zurück mit der unstreitig zutreffenden Begründung, daß halbjährliche Kündigungsfrist bestehe und die Bekanntmachung des Bundesrats v. 7. Okt. 1915, auf welche Kläger sich berief, keine Anwendung finde. Die Parteien stritten nur darüber, ob in dieser für den 1. April unwirksamen Kündigung eine eventuelle Kündigung auf den nächsten zulässigen Termin, den 1. Okt. 1916, liege. Der Kläger bejahte dies und verlangte deshalb mit der Klage Feststellung, daß der Mietvertrag mit Ablauf des 30. Sept. 1916 beendigt gewesen sei. Dem Klagantrage wurde vom Landgericht entsprochen; die Berufung wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Den Ausführungen des Landgerichts kann in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nur zugestimmt werden. Mit Recht sagt Staudinger § 564 BGB. Bem. IIc unter Berufung auf die in der Literatur herrschende Meinung, daß die Frage, ob eine verspätete Kündigung wenigstens auf den nächsten zulässigen Termin zu beziehen sei, oder ob es einer neuerlichen Kündigung bedürfe, von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Wollte der Kündigende auf alle Fälle das Vertragsverhältnis lösen und ist dieser Wille dem andern Vertragsteil auch genügend erkennbar geworden, so ist die Kündigung ohne weiteres für den nächsten zulässigen Termin wirksam. Daß Kläger den Mietvertrag auf alle Fälle lösen wollte, ergab sich aber unverkennbar nicht nur aus dem in dem Tode des Mieters liegenden Grunde der Kündigung, sondern auch daraus, daß er die Beklagten bat und ermächtigte, die Räume sobald als möglich anderweitig zu vermieten. Da er diese Bitte nie zurückgenommen hat, so hat er den Beklagten fortdauernd das Recht eingeräumt, die Mieträume zu vermieten, und damit unverkennbar zum Ausdruck gebracht, daß ihm selbst an den Mieträumen nichts mehr läge."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 3. April 1917. G. w. L. u. Gen. Bf. III. 414/16. Nö.

---

175. Schadensberechnung bei einem Werkvertrage, dessen Ausführung der Besteller verhinderte.

Vgl. 12 Nr. 24.
BGB. §§ 642. 645.

Die Klägerin hatte von der Beklagten im Februar 1913 einen Auftrag auf Lieferung von 500000 Etiketten erhalten. Sie fertigte die erforderlichen Entwürfe und Probedrucke an und übersandte sie der Beklagten zur Genehmigung. Beklagte äußerte sich nicht. Klägerin setzte am 12. Februar 1914 gemäß § 643 BGB. eine Frist von 1 Woche, die fruchtlos verstrich. Sie klagte auf Ersatz des Schadens, den sie auf 650 M berechnete. Die Beklagte vertrat den Standpunkt, daß die Klägerin, da sie den Vertrag gekündigt habe, ihren Schaden nur nach §§ 643. 645 BGB. und nicht außerdem nach § 642 BGB. berechnen könne, und daß sich hiernach nur ein Schaden von 30,05 M ergebe. — Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 350 M, worauf diese 25[illegible],20 M zahlte und im übrigen Berufung einlegte. Das Ber.-Gericht sprach der Klägerin weitere 200 M zu und wies die Klage im übrigen ab. Aus den Gründen:

„Der § 642 BGB. spricht dem Unternehmer, wenn der Besteller durch Unterlassung einer ihm obliegenden Handlung in Annahmeverzug gerät, eine angemessene Entschädigung zu, berechnet nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der Vergütung, unter Abzug der ersparten Aufwendungen und dessen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskräfte erwerben konnte. Der § 643 BGB. gibt dem Unternehmer für diesen Fall ein Kündigungsrecht und § 645 gibt ihm solchenfalls einen Vergütungsanspruch für die geleistete Arbeit und Anspruch auf Ersatz der in der Vergütung nicht enthaltenen Auslagen.

Die Meinung des Landgerichts, daß die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 645 BGB. den Anspruch aus § 642 ausschließe, ist nicht zutreffend. Der Wortlaut der beiden Gesetzesbestimmungen gibt für solche Annahme keine Unterlage. Ihr Inhalt spricht dagegen. § 642 gibt einen Ersatzanspruch wegen Verzögerung der Annahme. Er setzt also das Bestehen des Vertrages voraus. Daraus ergibt sich aber nur, daß nach der Kündigung ein Ersatzanspruch wegen Verzögerung für die Zeit nach der erfolgten Kündigung nicht mehr erwachsen kann. Weshalb aber durch die Kündigung ein vorher bereits erwachsener Ersatzanspruch wieder in Wegfall kommen soll, ist nicht einzusehen. Sogut wie ein Unternehmer, wenn es im Fall des § 642 BGB. nicht zur Kündigung, sondern zur Herstellung des Werkes kommt, den Anspruch auf die vertragmäßige oder angemessene Vergütung, neben dem Ersatzanspruch wegen der Verzögerung hat, so hat er, wenn er nur einen Teil des Werkes herstellt, einen Anspruch auf Ersatz von Vergütung und Auslagen für den tatsächlich hergestellten Teil des Werkes. Nur letzteres wird in § 645 bestimmt, der demnach die Vorschrift des § 642 überall nicht berührt. Es kann

sich daher nur fragen, wie der Schaden nach § 642 und nach § 645 zu berechnen ist.

Den ersteren Schaden hat der Sachverständige auf 100 M geschätzt. Derselbe ist bezahlt. Des weiteren hat die Beklagte als Ersatz für Auslagen noch weitere 25,20 M zugebilligt und in Höhe dieses Betrages keine Berufung eingelegt. Mit Unrecht will die Klägerin weiter die Provision des Agenten einsetzen. Es ist zunächst nicht einzusehen, weshalb der Agent eine Provision sollte beanspruchen können, nachdem das Geschäft aus Gründen in der Person der Beklagten nicht zur Ausführung gekommen ist. Des weiteren ist aber die Provision keine Auslage auf die geleistete Arbeit, sondern gehört zu den allgemeinen, den Verdienst der Klägerin mindernden Unkosten, die sich aus der Art ihres Geschäftsbetriebes ergeben, aber mit der Arbeit selbst nur in indirektem Zusammenhange stehen. Wollte man der Klägerin folgen, so würde das dazu führen, daß je geringer der Verdienst der Klägerin wegen der Höhe der Provision ist, desto höher ihr Ersatzanspruch sein würde. Derselbe könnte den Anspruch auf Vergütung für die ganze geleistete Arbeit übersteigen, ein Ergebnis, das im Gesetz nicht gewollt sein kann.

Was die Vergütung wegen Verzuges aus § 642 BGB. anlangt, so ist eine angemessene Vergütung zu gewähren. Sie kann nicht genau festgestellt werden, sondern ist zu schätzen. In seinem Gutachten hat der Sachverständige dies bereits getan und das Gericht hat kein Bedenken, das Urteil desselben zugrunde zu legen. Darnach kommen der Klägerin außer den erledigten 25,20 M noch 200 M zu.

Fragen konnte es sich, ob nach der Bestimmung von § 651 BGB. die Vorschriften über den Kauf anzuwenden sind. Die Frage ist aber zu verneinen. Allerdings hat die Klägerin die zur Herstellung des Werkes nötigen Anschaffungen gemacht, aber das Wesentliche war die Leistung der Arbeit, die Herstellung des Werkes. Die Beschaffung der hierfür notwendigen Materialien, wie Farben, Lack und Papier, tritt dagegen zurück. Die Frage kann aber auf sich beruhen, denn auch unter Anwendung der Vorschriften über den Kauf würde man nach den Grundsätzen über Schadenersatz wegen Verzuges hier zu dem gleichen Resultat gelangen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 22. März 1917. Sch. (Kl.) w. Gl. Werke. Bf. III. 18/16. B.

---

176. Zum § 94 Abs. 2 Ges. über den Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908.

VersVG. § 94 Abs. 2.

Die Klägerin war mit ihren Fabrikgebäuden, Maschinen und Waren bei den beiden verklagten Versich.-Gesellschaften je zur Hälfte gegen Feuersgefahr versichert. Am 7. Februar 1914 brannte die Fabrik ab. Der Gebäude- und

Maschinenschaden ist reguliert. Die Waren waren bis zum Höchstbetrage von 110000 ℳ versichert. Die Klägerin behauptete, es seien Waren im Wert von etwa 153000 ℳ verbrannt, sie habe ihre Schadensberechnung am 30. März 1914 eingereicht, von den Beklagten sei planmäßig die Ermittelung des Schadens verzögert worden. Sie verlangte mit der im Juli 1914 erhobenen Klage Auszahlung des Betrages, den die Beklagten nach Lage der Sache mindestens zu zahlen hätten. Sie berechnete den Mindestbetrag der Entschädigung für die verbrannten Waren auf 90000 ℳ, klagte aber hiervon nur den Betrag von 60000 ℳ ein. — Nach Erhebung der Klage zahlten die Beklagten je 10000 ℳ, beantragten im übrigen aber Abweisung der Klage. — Die Beklagten wurden eine jede zur Zahlung weiterer 20000 ℳ nebst Zinsen verurteilt. Ihre Berufung wie Revision wurden zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die Revision wendet sich, die Übereinstimmung der Versicherungsbedingungen der Beklagten mit der Gesetzesvorschrift anerkennend, in erster Reihe gegen die dem § 94 Abs. 2 VersVertrG. vom Ber.-Gericht gegebene Auslegung. Sie erachtet es nicht für zutreffend, daß der Versicherungnehmer schon, wenn bis zum Ablauf eines Monats nach der Anzeige des Versicherungsfalls der Schaden ohne sein Verschulden noch nicht vollständig festgestellt ist, Zahlung der nach Lage der Sache mindestens zu gewährenden Entschädigung solle verlangen können. Voraussetzung für die Anwendung der Gesetzesvorschrift sei nach ihrem Zweck und Wortlaut, daß die Beteiligten bis zu einer gewissen Summe einig seien und nur noch über eine Mehrforderung Streit herrsche. In einem solchen Fall wolle das Gesetz verhindern, daß der Versicherer durch Zurückbehaltung der bereits festgestellten Entschädigung einen Druck auf den Versicherungnehmer ausübe, ihn durch Vorenthaltung der festgestellten Entschädigung zur Nachgiebigkeit zwinge. Das Gesetz spreche von dem noch nicht vollständig festgestellten Schaden, solange überhaupt noch nichts festgestellt sei, könne daher auch nichts verlangt werden. Werde nach § 94 dem Versicherungnehmer ein Anspruch auf mehr als den unstreitigen Schadensbetrag zugebilligt, so könne der Versicherer damit zur Zahlung eines die Entschädigungssumme nach ihrer endgültigen Feststellung übersteigenden Betrages verpflichtet und mangels eines gesicherten Rückforderungsrechts geschädigt werden.

Diesen Ausführungen ist nicht zu folgen. In der Begründung des Gesetzentwurfs ist zu § 94 ausgesprochen, daß sich die Lage des Versicherungnehmers dadurch, daß die Entschädigungssumme, wie es in der Natur der Sache liege, in der Regel nicht gezahlt werde bevor der Umfang des Schadens festgestellt sei, ungünstig gestalten könne. Es bedürfe deshalb eines Ausgleichs. Dieser wird im Abs. 1 durch die Anordnung der Verzinsung der Entschädigungssumme nach dem Ablauf eines Monats seit der Anzeige des Versicherungsfalls gewährt. Zum Ausgleich des Nachteils, der sich aber weiter für den Versicherung-

nehmer daraus ergibt, daß er bei langwierigen Schadensermittelungen, wie sie die Feststellung der Entschädigungssumme gerade bei großen Brandschäden erfordert, bis zur endgültigen Festsetzung des Schadensbetrages von der Versicherungsgesellschaft keine Zahlung erhält, dient die Bestimmung in Abs. 2. Sie ermächtigt den Versicherungnehmer, wenn der Schaden bis zum Ablauf eines Monats seit der Anzeige des Versicherungsfalls noch nicht vollständig festgestellt ist, doch die Zahlung des Betrages zu fordern, der nach Lage der Sache mindestens zu zahlen ist. Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Verzinsung und zur Zahlung hat das Gesetz für den Fall für geboten erachtet, daß sich infolge des Verschuldens des Versicherungnehmers die Feststellung des Schadens verzögert. Das spricht Abs. 3 aus.

Nach der Begründung ist somit die Bestimmung des § 94 zur Wahrung der Interessen des Versicherungnehmers getroffen. Diesen wird die Bestimmung aber nicht in dem vom Gesetzgeber gewollten Umfange gerecht, wenn ihr die von der Revision vertretene Deutung gegeben wird. Wenn nach Abs. 2 Zahlung nur in Höhe des Betrages der Versicherungssumme gefordert werden könnte, den auch der Versicherer als Mindestbetrag der Entschädigung anerkennt, dann hätte es, wie das Ber.-Gericht zutreffend ausführt, der Versicherer in der Hand, durch Bestreiten jeden nennenswerten Schadens eine Zahlung vor der endgültigen Schadensfestsetzung zu verhindern. Die Absicht des Gesetzes, dem Versicherungnehmer schon vor diesem Zeitpunkte einen Teil der Entschädigungssumme zur Verfügung zu stellen, würde damit leicht zu vereiteln sein. Bestreiten kann der Versicherer auch den Schadensbetrag, welchen der von ihm ernannte Sachverständige begutachtet hat. Es trifft also nicht zu, daß, wie die Revision meint, ein Bestreiten in dem angegebenen Sinne nicht möglich sei.

— — — Im Interesse des Versicherten liegt es, so schnell und so weit als möglich wegen des erlittenen Schadens entschädigt zu werden. Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung steht der aus ihrer Begründung entnommenen Absicht des Gesetzgebers, dieses Interesse des Versicherungnehmers zu wahren, nicht entgegen. Der Schaden wird erst mit der endgültigen Festsetzung der Entschädigungssumme „vollständig festgestellt". Solange diese Festsetzung noch nicht erfolgt ist, findet daher § 94 Abs. 2 auch nach dem Wortlaut des Gesetzes Anwendung. Rechtliche Voraussetzung für die Zuerkennung des Mindestbetrages, über den die Parteien nicht einig sind, ist dann allerdings weiter, daß die Entschädigungspflicht des Versicherers an sich feststeht. Wird diese bestritten und wird, wie das im vorliegenden Fall geschehen ist, Verwirkung des Anspruchs auf die Versicherungssumme eingewendet, so steht ein solches Vorbringen des Versicherers wie der Forderung der Versicherungssumme überhaupt, so auch der Teilforderung aus § 94 Abs. 2 entgegen. Es muß deshalb über diese Einwendungen in dem Rechtsstreit, in welchem der Versicherte Zahlung des Mindestbetrages fordert, mitentschieden werden.



Ebenso ist der Versicherer mit seinen Einwendungen gegen die Höhe des geforderten Teilbetrages zu hören und dieser ist nur in einer Summe festzusetzen, von der als sicher anzunehmen ist, daß sie die demnächst endgültig zu bewilligende Entschädigungssumme nicht übersteigt. Bei solcher Anwendung des Gesetzes haben die Versich.-Gesellschaften nicht zu befürchten, daß ihnen aus der Verurteilung zur Zahlung eines streitigen Mindestbetrages Schaden erwächst. Über den Anspruch des Versicherungnehmers aus § 94 Abs. 2 ist mangels einer andern gesetzlichen Vorschrift im ordentlichen Prozeßverfahren zu verhandeln und zu entscheiden.

Das Ber.-Gericht ist dem Vorstehenden entsprechend verfahren. Es hat den auf arglistige Täuschung und auf die Verletzung der Auskunftspflicht bei der Schadensermittelung gestützten Verwirkungseinwand der Beklagten für unbegründet erachtet. — — —

Die Feststellung des Mindestbetrags des Schadens ist auf ihre Richtigkeit in der Rev.-Instanz nicht nachzuprüfen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 26. Januar 1917. WPr.F.Soz. u. Gen. (Bkl.) w. P. (OLG. Hamm). VII. 348/16. Auch RGEntsch. 89 Nr. 80 S. 351.

---

177. Der § 903 RVersO. bezieht sich nicht auf Unfälle selbstversicherter Unternehmer.

RVersO. § 903.

Der Beklagte betreibt eine kleine Landwirtschaft und ist als selbständiger Ackerer gemäß § 925 RVersO. nach der Satzung der klagenden landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft bei dieser versichert. Am 8. August 1913 ließ er durch die Dreschmaschine des Landwirts A. seinen Raps ausdreschen und half mit bei der Arbeit, dabei geriet er mit dem Arme in die Einlegeöffnung der vom Sohne des Besitzers geleiteten Maschine. Die Klägerin hat ihm gemäß der RVersO. Entschädigung gewährt und gewährt sie ihm weiter. Sie behauptet, der Beklagte habe seinen Unfall durch Außerachtlassung derjenigen Sorgfalt verschuldet, zu der er durch seinen Beruf und sein Gewerbe verpflichtet sei, er hafte ihr daher nach § 1042 i. V. m. § 903 RVersO. für alle ihre Aufwendungen und hat deren Ersatz mit der Klage gefordert. Mit dieser vom Landgericht abgewiesen, hat sie in der Ber.-Instanz in erster Linie beantragt, festzustellen, daß sie berechtigt sei, gegenüber den Entschädigungsansprüchen des Beklagten mit ihren Ersatzansprüchen aus § 903 RVersO. aufzurechnen, und in zweiter Linie den Antrag gestellt, nach dem Klagantrag zu erkennen. Die Berufung ist zurückgewiesen worden, die Revision kann keinen Erfolg haben.

§ 903 RVersO. gibt der Berufsgenossenschaft einen Ersatzanspruch nur gegen Unternehmer und ihnen nach § 899 Gleichgestellte. Das Ber.-Gericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht diese Vorschrift auf Unfälle,

die ein selbstversicherter Unternehmer durch eigene Fahrlässigkeit erleidet, nicht für anwendbar erachtet. Diese Ansicht ist zutreffend.

Zur Begründung seiner Ansicht hat das Ber.-Gericht folgendes ausgeführt. Nach §§ 556. 557 RVersO. habe der Verletzte keinen Anspruch auf Entschädigung, wenn er den Unfall vorsätzlich herbeigeführt oder wenn er ihn sich bei der Begehung eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens zugezogen habe; unter dem „Verletzten" sei der versicherte und verletzte Arbeitnehmer, Unternehmer und Betriebsbeamte zu verstehen. Die eigene, noch so große Fahrlässigkeit solle also nicht bloß dem Arbeiter und Betriebsbeamten sondern auch dem Unternehmer nicht entgegengehalten werden können. Daran habe auch die Bestimmung im § 903 nichts geändert. Wenn dort eine Haftung des Unternehmers oder der ihm nach § 899 gleichgestellten Bevollmächtigten und Repräsentanten, Betriebs- und Arbeiteraufseher gegenüber der Genossenschaft ausgesprochen werde, falls sie den Unfall fahrlässig unter Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit herbeigeführt haben, zu der sie vermöge ihres Amtes, Berufs oder Erwerbes besonders verpflichtet seien, so könne diese Bestimmung nur dahin ausgelegt werden, daß die Haftung eintreten solle, wenn Aufsichtspersonen und leitende Persönlichkeiten, d. h. solche, welche wegen ihrer Stellung zur Anwendung besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet seien, fahrlässigerweise die ihnen obliegende Aufmerksamkeit den ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder sonstigen Dritten gegenüber außer acht lassen. Dafür spreche schon der Umstand, daß die gleiche Haftung der Arbeiter nicht ausgesprochen werde, daß man sich vielmehr darauf beschränkt habe, solche den Unternehmern und deren Beamten aufzuerlegen, die in erster Linie den Betrieb und die darin beschäftigten Arbeiter zu beaufsichtigen haben; weiter aber auch die allgemeine rechtliche Erwägung, daß eine Verpflichtung zur Anwendung von Aufmerksamkeit nur Dritten gegenüber bestehe. Wollte man der Auffassung der Klägerin beitreten, so würde das dazu führen, daß in vielen Fällen der Verletzte leer ausginge und der Zweck des Gesetzes, den sozial schwächeren Teil der Bevölkerung ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden vor den Folgen etwaiger Unfälle sicherzustellen, vereitelt würde. Wenn ferner der Unternehmer und die ihm nach § 899 Gleichgestellten der Genossenschaft im Falle des § 903 für ihre Aufwendungen auch ohne strafgerichtliche Feststellung haften, so müsse doch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden, ob er strafgerichtlich zur Verantwortung hätte gezogen werden können, d. h. es müsse zum mindesten ein Tatbestand festgestellt werden, der die Voraussetzungen strafgerichtlicher Verurteilung erfüllen könne. Daran fehle es im vorliegenden Falle, weil die fahrlässige Selbstverletzung nie die Grundlage einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit bilden könne, möchte auch die Schuld des Verletzten einwandfrei feststehen.

Diesen Ausführungen ist durchweg beizutreten. Sie stimmen mit denen überein, die den zu § 136 GewUVG. (im wesentlichen gleichlautend mit

§ 903 RVersO.) ergangenen Entscheidungen des Reichsversicherungsamts zugrunde liegen, wonach der Berufsgenossenschaft gegen selbstversicherte Unternehmer, die einen entschädigungspflichtigen Unfall erlitten haben, ein Ersatzanspruch nicht zusteht, mit dem sie gegen den Entschädigungsanspruch aufrechnen könnte. (Amtl. Nachr. des RVersAmts 1915, 511 Nr. 2121; Handb. der Unf.-Vers. 1, 628 unter 8.) Die Ausführung des Ber.-Gerichts, daß es zur Anwendung des § 903 eines — im vorliegenden Falle fehlenden — Tatbestandes bedürfe, der eine strafgerichtliche Verurteilung rechtfertigen würde, steht im Einklang mit dem Urteil des erkennenden Senats v. 12. Okt. 1908, in RGEntsch. 69, 340 ff.

Was die Revision gegen die Ausführungen des Ber.-Gerichts geltend macht, beruht im wesentlichen auf dem Gesichtspunkt, daß die Unternehmer gleichmäßig zu behandeln seien; das widerspricht aber gerade dem Gesetze, das die kleinen Unternehmer den Arbeitern gleichstellt, indem es die Versicherungspflicht auf sie erstreckt, weil sie zum großen Teile wirtschaftlich nicht besser stehen als die Arbeiter und auf ihre persönliche Arbeitsfähigkeit angewiesen sind. Wenn das Gesetz will, daß die kleinen Unternehmer, die einen Betriebsunfall erleiden, von der Berufsgenossenschaft ebenso entschädigt werden wie Arbeiter, so kann es nicht sein Wille sein, daß ihnen auf einem Umwege das wieder genommen wird, was ihnen die soziale Fürsorge zuwendet. Ohne Grund beruft sich die Revision für ihre abweichende Ansicht auf § 955 in Verb. m. § 622 RVersO., wo allerdings eine Aufrechnung von Unfallentschädigungen gegen Regreßansprüche vorgesehen ist; denn das würde nur dann für jene Ansicht sprechen, wenn lediglich unter den vorliegenden Verhältnissen eine Aufrechnung, wie sie § 622 vorsieht, denkbar wäre, was indessen nicht der Fall ist.

Ist daher die Bestimmung im § 903 gegen den selbstversicherten Unternehmer, der einen entschädigungspflichtigen Unfall erlitten hat, nicht anwendbar,

> so auch die Komm. zur RVersO. von Stier-Somlo zu § 903 Anm. 4 A c S. 661 und zu § 1042 Anm. 1 S. 837; von Honow 3. Buch zu § 903 Anm. 17 S. 575; von Dannenberg 3 § 903 Anm. 5; sowie Piloty UnfVersGes. v. 30. Juni 1900 zu § 136 Anm. 3,

so steht der Berufsgenossenschaft auch kein Anspruch aus § 903 gegen ihn zu, mit dem sie gegen seinen Entschädigungsanspruch aufrechnen könnte.

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 15. Januar 1917. Rhein. landw. UBGen. (Kl.) w. H. (OLG. Köln) VI. 364/16. Auch RGEntsch. 89 Nr. 74 S. 330.

178. Umfang der Aufsichtspflicht des Pferdehalters und der von Fußgängern zu übenden Vorsicht.

Vgl. 62 Nr. 136; 66 Nr. 133. 235.

BGB. §§ 833 Satz 2, 254.

Die Beklagte besorgt für die Postverwaltung in Essen das gesamte Postfuhrwesen mit einem Bestand von mehreren tausend Pferden. Am 24. August 1913 wurde der Kläger von einem ihrer Pferde, das der Postillion Pl. aus der Toreinfahrt vor dem Hauptpostamte quer über den Bürgersteig führte, geschlagen und verletzt. Seine Schadenersatzklage wurde vom Landgericht abgewiesen, indem es annahm, daß die Beklagte alle mit der Pferdewartung betrauten Leute sowie die Pferde selber mit verkehrserforderlicher Sorgfalt habe beaufsichtigen lassen. Das Ber.-Gericht dagegen nahm an, der Unfall sei durch die Reizbarkeit und Schreckhaftigkeit des Pferdes verursacht worden, wofür die Beklagte verantwortlich sei. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„— — — Mit Recht erklärt die Revision zu den Ausführungen des Ber.-Gerichts die Bestimmungen der §§ 833. 276 BGB. und des § 286 ZPO. für verletzt.

So ist zunächst die Rüge begründet: zu Unrecht sei jede Schuld des Klägers verneint; denn er habe sich grundlos in den Bereich fremder Pferde begeben und auf eigene Gefahr trotz Warnung unternommen, zwischen den Pferden hindurchzugehen. Wie feststeht, ist der Kläger auf dem Bürgersteige weitergegangen, als zwischen dem Schwanze des aus der Toreinfahrt bereits herausgeführten Pferdes und dem Kopfe des folgenden Pferdes rund 2 m Zwischenraum waren. Er suchte also zwischen fremden Pferden hindurchzugehen, ohne auch nur den kurzen Augenblick zu warten, bis beide Pferde völlig weggeführt waren. Damit hat er sich willkürlich in den offensichtlichen Gefahrenbereich dieser Pferde begeben, gleichviel ob er, wie das Ber.-Gericht meint, nicht damit habe zu „rechnen" brauchen, daß das erste Pferd ausschlagen könne. Durch dieses Vorgehen hat er aber die einem Fußgänger gebotene Verkehrssorgfalt verletzt, die er gegenüber dem Fuhrverkehr in einer Großstadt aufzuwenden hatte; denn im Fußgänger- und Fuhrverkehr besteht nach § 276 BGB. das Rechtsgebot, daß aufeinander Rücksicht genommen werden muß (Urt. des RG. v. 12. Januar 1914, VI. 496/12 in JW. 1914, 353[5]). Hiernach weist der ganze Hergang des Unfalls zunächst ohne weiteres auf ein fahrlässiges Verhalten des Klägers hin. Den aus der festgestellten allgemeinen Sachlage sich ergebenden berechtigten Vorwurf der Fahrlässigkeit könnte der Kläger allerdings dadurch beseitigen, daß er besondere Umstände darlegt, die sein dichtes Herangehen an die vorbeigeführten Pferde mehr oder weniger entschuldigen. Ob solche entlastende Umstände dem Kläger zur Seite stehen, was bisher tatsächlich nicht aufgeklärt ist, muß der erneuten Sachverhandlung überlassen bleiben.

Die weiteren Rügen der Revision richten sich gegen die Ausführungen über die Schadenshaftung der Beklagten aus §§ 833. 823 BGB.

Nicht beanstandet wird der rechtliche Ausgangspunkt, daß die Beklagte als Pferdehalterin für den Schaden des Klägers verantwortlich ist, wenn sie nicht nach § 833 Satz 2 BGB. beweist, daß sie bei der Beaufsichtigung des Pferdes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde; auch muß sie für den Schaden nach § 823 BGB. aufkommen, wenn sie jene Sorgfalt in einer sonstigen für den Schaden ursächlichen Weise vernachlässigt hat.

Was aber den Unfall tatsächlich betrifft, so ist das Ber.-Gericht der Feststellung des Landgerichts nicht entgegengetreten, daß der Postillion Pl., ein tüchtiger und zuverlässiger Kutscher, sich dabei nichts habe zu schulden kommen lassen; er habe das Pferd kurz am Zügel und ruhigen Schritts aus der Toreinfahrt herausgeführt. — — — Hinsichtlich des Hergangs des Unfalls selber wird auch der Beklagten keine Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt zur Last gelegt. Diese Annahme erscheint nach der jetzigen Sachlage i. S. des § 833 Satz 2 BGB. frei von Rechtsirrtum. Die Revision wendet sich aber gegen die Auffassung des Ber.-Gerichts, es hätte die Beklagte das fragliche Pferd, das nach der Aussage des Pl. zwar empfindlich gewesen sei, aber niemals geschlagen, gescheut und sich bösartig gezeigt habe, kurzerhand aus dem Dienste ziehen müssen. Sie rügt dazu: diese Anforderung überspanne die gesetzlich gebotene Sorgfalt, sie sei auch undurchführbar; höchstens sei zu verlangen, daß eine gewisse Vorsicht beobachtet werde, was auch, wie festgestellt, geschehen sei. Diese Rüge ist beachtlich.

Der Großstadtverkehr, der weitgehende tierische Zugkraft verwenden muß, würde unerträglich gefesselt und unterbunden, wenn man nur solche Pferde für verwendbar erklären wollte, die erprobterweise völlig fromm und fehlerfrei sind. Das würde hier zutreffen, wollte man ein Pferd, das kein Schläger ist und ohne Scheuklappen gefahren werden kann, schon deshalb gänzlich ausschließen, weil es einigermaßen reizbar und schreckhaft ist und seine „Mücken" hat. Es kommt hier doch wesentlich auf den Grad der Schreckhaftigkeit an, um daraufhin das Pferd für derart verkehrsgefährlich zu erklären, daß es in keiner Weise, auch nicht einmal mit allen Vorsichtsmaßregeln, im Straßenverkehr verwendet werden dürfe. In dieser Hinsicht fehlen aber ausreichende tatsächliche Feststellungen. Daraus allein, daß das Pferd dem dicht hinter ihm herangekommenen Kläger einen Hufschlag versetzt hat, würde auf seine gänzliche Unbrauchbarkeit für den Postfuhrverkehr noch nicht geschlossen werden können. Die Anforderung an die Sorgfalt, mit der ein Fuhrunternehmer die Pferde auswählen muß, darf nicht so weit getrieben werden, daß er nur vollkommen tugendhafte Pferde einstellen darf, denen der Fußgänger sich acht- und sorglos nähern kann. So, wie die Sachlage bislang festgestellt ist, kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, sie hätte der Ver-

wendung des Pferdes im Fuhrverkehr durch streng beaufsichtigte Einrichtungen vorbeugen müssen.

Sodann hält die Revision die Auffassung des Ber.-Gerichts für rechtsirrig, es hätten die Inhaber der verklagten Firma sich selbst davon überzeugen müssen, daß die Maßregeln, nach denen Untugenden der Pferde zu melden sind, immer durchgeführt wurden. Sie führt hierzu aus: Die Beklagte habe die selbständige Aufsicht und Leitung des Pferdewesens dem Oberstallmeister T. übertragen, für dessen Zuverlässigkeit Beweis erboten sei; es sei auch kein andrer Fall festgestellt worden, in dem eine Untugend eines Pferdes nicht zur Kenntnis des T. gekommen wäre. Was die Beweisaufnahme über die persönliche Aufsichtstätigkeit des T. und der Stallmeister ergeben habe, sei prozeßwidrig übergangen worden.

Auch diese Rüge ist im wesentlichen begründet. Bei so umfangreichen Unternehmungen, wie es der Fuhrbetrieb der Beklagten ist, darf der Unternehmer (Geschäftsherr, Tierhalter) die Ausführung gewisser ihm obliegenden Verrichtungen seinen Angestellten überlassen. Er hat aber dafür einzustehen, daß er die Angestellten mit der im Verkehr gebotenen Sorgfalt ausgewählt hat. Dies trifft hier auf den Oberstallmeister T. zu, dem die Aufsicht über die Pferde übertragen war und dem die Stall- und Futtermeister, Postillione und Kutscher unterstellt waren. Den Beweis für seine Zuverlässigkeit hat die Beklagte angetreten. Hinzukommen muß aber, daß auch bestimmte Einrichtungen bestehen, nach denen T. in seinem Wirkungskreise zu verfahren hat; erst durch die Bindung an diese Einrichtungen wird er aus einem sorgfältig Ausgewählten zu einem sorgfältig Angestellten. Solche Einrichtungen zu treffen, ist regelmäßig die eigene Aufgabe des Unternehmers. Es hat also die Beklagte ihren Sorgfaltsbeweis auch darauf zu erstrecken, daß in ihrem Unternehmen Einrichtungen bestehen und gehandhabt werden, nach denen Untugenden von Pferden, namentlich solche, die die Pferde für den Dienst ganz oder nur beschränkt untauglich machen, sicher bemerkt werden und zuverlässig anzuzeigen sind (RGEntsch. 78, 107; Warneyer 1913 Nr. 364). Nun meint das Ber.-Gericht, es habe „offenbar" an einer dauernden Beobachtung der Pferde gefehlt, das lasse einen Mangel in der Organisation des Fuhrwesens sowie in der Zuverlässigkeit der Angestellten der Beklagten erkennen. Was jedoch die letztere Annahme der Unzuverlässigkeit der Angestellten betrifft, so steht sie keineswegs mit den übrigen Ausführungen des Ber.-Gerichts im Einklange. — — — Auch die weitere Annahme, es habe an Einrichtungen für eine sorgfältige Beobachtung der Pferde gefehlt, es sei nicht dargetan, daß nach dieser Richtung „irgend etwas geschehen" sei, hält der Revision nicht stand. Denn mit Recht wird es als Verletzung des § 286 ZPO. gerügt, daß zu diesem Punkte die erhobenen Beweise ungewürdigt geblieben seien: darnach seien die Pferde von T. und den Stallmeistern ständig beaufsichtigt und vor- und nachmittags in dichter und stets wechselnder Aufstellung nachgesehen

worden, auch seien die Postillione angewiesen worden, alles Auffällige, jede Untugend der Pferde zu melden. Wenn aber anzunehmen sein sollte, daß tatsächlich in dieser Weise die Pferde ständig beaufsichtigt worden sind, so war die Beklagte rechtlich der Notwendigkeit enthoben, noch ihrerseits weitere Vorschriften in dieser Hinsicht zu erlassen. Denn die genaue Umgrenzung des Geschäftskreises ihrer Angestellten kann sich auch aus der Natur der Sache selber und durch die Billigung ihrer ausgeübten Tätigkeit ergeben (Urt. des RG. v. 6. Juni 1912, VI. 60/12). Sofern aber hier für die Stallmeister klare und bestimmte Zustände geschaffen waren, die ihnen über ihre Pflichten volle Gewißheit gaben, kann es der Beklagten nicht als pflichtwidrige Unterlassung vorgeworfen werden, es sei ihrerseits zur Regelung einer ständigen Pferdeaufsicht „nichts geschehen". Ob bei dem von der Beklagten behaupteten praktisch geübten Verfahren die Reizbarkeit der fraglichen Pferde wegen besonderer Hochgradigkeit als verkehrsgefährdende Untugend mit dem Ziele auf fernere Unverwendbarkeit hätte zur Anzeige gebracht werden müssen, ist tatsächlich noch eine offene Frage, die in der erneuten Sachverhandlung gegebenenfalls zu erörtern sein wird. Desgleichen wird zu prüfen sein, ob und wieweit unter den etwa noch näher festzustellenden Umständen noch eine besondere Mit- oder Oberaufsicht der Inhaber der verklagten Firma geboten und ob deren Verletzung für den Unfall ursächlich geworden war. — — —

Die Revision erscheint hiernach begründet. Die Sache war demnach in die Ber.-Instanz zurückzuverweisen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 7. Juli 1916. Gebr. van E. (Bkl.) w. C. (OLG. Hamm). IV. 118/16.

---

179. Haftung des Notars aus unzureichender Belehrung über das frühere gemeine Recht.

Vgl. 70 Nr. 179 m. N.
BGB. § 839.

Der Kläger und die beiden Brüder Heinrich D. und Karl D. schlossen am 15. April 1913 vor dem Beklagten als amtierendem Notar einen Vertrag, wonach die Brüder D. bekennen, vom Kläger ein Darlehn erhalten zu haben, und zur Sicherheit für Kapital und Zinsen dem Kläger ihren Erbteil am Nachlaß ihres im Jahre 1877 zu Lübeck verstorbenen Vaters verpfänden. Der Nachlaß des Vaters D. bestand in zwei Hypothekposten im Gesamtbetrage von 5000 ℳ; Der Erbteil jedes der Brüder D. betrug 1000 ℳ. Die Verpfändung des Anteils des Heinrich D. war nicht in das Grundbuch eingetragen worden, obwohl nach dem vor 1900 in Lübeck geltenden und nach Art. 213 EinfGes. z. BGB. für den Nachlaß des Vaters D. in Geltung gebliebenen gemeinen Rechts die Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch zur wirksamen Bestellung der Sicherheit erforderlich wäre. Am 4. Juli 1913 wurde über das Vermögen

des Heinrich D. das Konk.-Verfahren eröffnet. Der Konk.-Verwalter zog den Erbanteil des Gemeinschuldners zur Masse, wodurch dem Kläger ein Schaden erwachsen ist, für den er den Beklagten haftbar machte. — Der Beklagte wurde verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Parteien sind darüber einverstanden, daß dem Beklagten außer der Beurkundung des Vertrages die Beratung der Vertragsparteien über Form und Inhalt des Vertrages oblag. Daraus folgt, daß der Beklagte verpflichtet war, den Vertragschließenden alle Behelfe und Maßnahmen zur Kenntnis zu bringen, welche sie beobachten mußten, um eine rechtsverbindliche Sicherstellung des Klägers für seine Ansprüche gegen die Brüder D. durchzuführen. Darnach war die Amtspflicht des Beklagten nicht mit der Beurkundung des Vertrags beendet; er mußte vielmehr die Vertragschließenden auch darüber unterrichten, welche weiteren Schritte erforderlich waren, um die beabsichtigte Sicherstellung des Klägers zu erreichen.

Die Brüder D. waren Miterben nach ihrem im Jahre 1877 verstorbenen Vater Hans D. Gemäß Art. 213 EinfGes. z. BGB. blieben für die erbrechtlichen Verhältnisse hinsichtlich des Nachlasses des verstorbenen Hans D. die Vorschriften des in Lübeck vor 1900 geltenden gemeinen Rechts maßgebend. Nach dem gemeinen Recht hatte aber der Veräußerer oder Verpfänder einer Erbschaft oder eines Anteils an einem Nachlaß dem Erwerber oder Pfandgläubiger die zum Nachlaß gehörigen Forderungen oder Forderungsanteile zu übertragen oder besonders zu verpfänden;

vgl. Dernburg Pand. [4] 3 § 168, 1 S. 329; const. 5 de hered. vel act. vend. 4, 39; fr. 2 § 8 de hered. vel act. vend. 18, 4.

Es war also wohl die zusammenfassende Verfügung des Erben über seinen Erbschaftsanteil in der Gesamtheit zulässig; das gemeine Recht legte aber dieser Verfügung im Gegensatz zu dem Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs (§ 2033) keine dingliche Wirkung bei, erforderte vielmehr zur Erlangung der dinglichen Rechte an den Nachlaßsachen und zum Erwerbe der Forderungen die Übereignung oder Abtretung und im Verpfändungsfall die Übertragung des Pfandrechts an den einzelnen Nachlaßgegenständen nach den dafür geltenden Rechtsgrundsätzen. Das verkennt auch der Beklagte nicht, denn er vertritt selbst diesen Standpunkt. Die für die Verpfändung einer Hyp.-Forderung zu beobachtende Form war aber unstreitig die Eintragung der Übertragung oder Verpfändung in das Grundbuch. Auf die darnach erforderliche Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch mußte der Beklagte die Vertragschließenden aufmerksam machen, da ihm die Belehrung über Form und Inhalt des Vertrages oblag. Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, welches mangels Beobachtung der Formvorschriften nicht den gewünschten Erfolg rechtgültiger Sicherstellung bot, war für die Beteiligten ohne jeden Wert. Der Beklagte hat auch die Vertragschließenden tatsächlich über die Eintragungsfrage belehrt, aber unrichtig dahin, daß die Verpfändung der Eintragung nicht bedürfe.

Beklagter kann nun nicht damit durchdringen, daß ihn deshalb kein Verschulden treffe, weil er sich erst im Jahre 1902 als Rechtsanwalt und Notar in Lübeck niedergelassen habe, also zu einer Zeit, als in Lübeck das gemeine Recht nicht mehr in Geltung gewesen sei, und deshalb nicht von ihm erwartet werden könne, daß er die entlegenen Rechtssätze des früheren gemeinen Rechts immer im Kopfe und gegenwärtig habe. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß das gemeine Recht bis zur Einführung des Bürgerl. Gesetzbuchs in Lübeck, dem Ort der Niederlassung des Beklagten, gegolten hat. Für einen rechtskundigen Anwalt und Notar darf aber das frühere Recht des Ortes seiner Niederlassung kein fremdes sein. Hinzu kommt, daß die Übergangsbestimmungen des Einf.-Gesetzes fast nur Verweisungen auf das frühere Partikularrecht enthalten, so daß nach einer so verhältnismäßig kurzen Zeit nach Einführung des Bürgerl. Gesetzbuchs jeder praktische Jurist sehr oft in die Lage kommt, Rechtsverhältnisse beurteilen zu müssen, die noch Beziehungen zum früheren Recht haben. Hiernach ist für einen Lübecker Notar die Vertrautheit mit den Bestimmungen des gemeinen Rechts unerläßlich und die Nichtanwendung derselben eine Fahrlässigkeit, die zum Schadenersatze gegebenenfalls verpflichtet. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 1. Juli 1916. P. (Kl.) w. Sch. — Bf. VI. 15/16. Nö.

---

180. Der Verlust der Ladung eines zu Kriegszwecken beschlagnahmten Schiffs ist Kriegsschaden; Ausschluß des Rechtswegs.

BGB. § 904; KLG. §§ 3. 23; GVG. § 13.

Die Deutsch-Westafr. Handelsgesellschaft hatte auf einem Dampfer der W.-Linie Güter im angeblichen Wert von 18832 M nach Westafrika verladen. Der Dampfer wurde alsbald nach seiner Ankunft in Teneriffa am 1. August 1914 vom Reichsmarineamt zur Verwendung als Hülfs- und Kohlenschiff für deutsche Kreuzer erfordert und nach der Behauptung des Klägers ohne daß die Ladung zuvor gelöscht werden durfte, in Dienst gestellt. Der Dampfer wurde im Dienst der Marine von einem englischen Kriegsschiff aufgebracht und prisengerichtlich verurteilt.

Der klagende Verein Hamb. Assekuradeure erhob in den ihm abgetretenen Rechten der genannten Handelsgesellschaft Klage gegen den Reichsfiskus auf Zahlung von 18832 M, fürsorglich, festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, den Kläger für den Verlust der Güter zu entschädigen. — Die Klage wurde in allen Instanzen wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Dampfer ist, worüber kein Streit herrscht, auf Grund des § 23 Kriegsleistungsgesetzes von der Marineverwaltung zur Benutzung für Kriegszwecke erfordert und ihr hierzu von dem Besitzer zur Verfügung gestellt worden. Seine Überlassung an das Reich war daher eine Kriegsleistung. Das gleiche

trifft nicht für die Ladung zu, um die allein der Rechtsstreit geht. Das Merkmal der Kriegsleistung ist die Leistung zu Kriegszwecken (§ 1 Ges.). Die Leistung soll, gleichviel, ob sie in Lieferung von Gegenständen oder in Diensten besteht, ein Bedürfnis der Land- oder Seestreitkräfte befriedigen. Die Ladung ist nicht, wie §§ 23. 6. 3^6 es voraussetzen, von dem Besitzer erfordert, sie ist von ihm nicht hergegeben worden. Über ihren Inhalt ist nichts festgestellt. Der Kläger behauptet selbst nicht, daß sie Kriegsbedarf enthalten oder irgendeinen Wert für die Kriegsführung gehabt habe. Sie war, wie zu vermuten ist, eher ein Hindernis als eine Förderung für den Zweck, dem das Schiff dienen sollte, weil sie den Raum für die einzunehmenden Kohlen oder andres Kriegsmaterial sperrte.

Ist die Ladung von der Marineverwaltung zu Kriegszwecken weder verlangt noch ihr dazu ausgefolgt worden, so war ihre Überlassung keine Kriegsleistung, wenn selbst das Schiff mit der Ladung in Anspruch genommen wurde, ohne daß die Ladung gelöscht werden durfte. Der Verlust der Ladung war vielmehr für den Eigentümer ein Kriegsschaden. Hierzu gehört nicht bloß, wie die Revision meint, die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache, sondern jeder durch Kriegshandlungen unmittelbar oder mittelbar herbeigeführte Vermögensschaden, soweit die Opferung an Vermögenswert sich nicht als Kriegsleistung darstellt. Der Fall liegt nicht anders, als wenn im Landkrieg ein von der deutschen Heeresbehörde erfordertes inländisches Gebäude, in dem militärisch wertlose Waren lagern, vom Feind samt den Waren zerstört oder weggenommen wird. Die Überweisung des Gebäudes an das Heer ist eine Kriegsleistung (§§ 3^4. 14 Ges.), der Verlust der Waren für ihren Eigentümer ein Kriegsschaden.

Mag es nun wünschenswert sein, daß jeder Kriegsschaden eine billige Ausgleichung finde, so kommt es für die hier zu entscheidende Frage nur darauf an, ob nach geltendem Recht ein Anspruch gegen das Reich auf Vergütung von Kriegsschäden der vorliegenden Art besteht und ob der Rechtsweg dafür offen ist.

Nach § 35 KLG. wird für alle durch den Krieg verursachten Beschädigungen an beweglichem und unbeweglichem Eigentum der Umfang und die Höhe der etwa zu gewährenden Entschädigung und das Verfahren bei ihrer Feststellung durch jedesmaliges Spezialgesetz bestimmt. Ein solches Gesetz ist für die Kriegsschäden des gegenwärtigen Kriegs bis jetzt nicht ergangen. Das RGes. v. 3. Juli 1916 (RGBl. 675) betrifft die Feststellung der im Reichsgebiet verursachten Kriegsschäden und scheidet die Schäden der Seeschiffahrt aus (§§ 1. 20). Ob durch § 35 KLG. ausgesprochen ist, daß Entschädigungsansprüche bis zum Erlaß eines Spezialgesetzes im Fall eines Kriegs ausgeschlossen seien, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls liefert die Vorschrift einen gewichtigen Anhalt dafür, daß der damalige Gesetzgeber der Ansicht war, daß Entschädigungsansprüche, bevor sie durch ein Spezialgesetz anerkannt würden, nicht be-

stehen, und daß sie vor der Regelung des Verfahrens in diesem Gesetz nicht vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden können.

Sieht man auch hiervon ab, so spricht die rechtliche Natur der Entschädigungsansprüche wegen Kriegsschäden, sofern sie überhaupt bestehen, dagegen, daß, solange das Gesetz nichts andres bestimmt, der Rechtsweg zu ihrer Durchführung zugelassen sei. Kriegsschäden entstehen als Folge der Erklärung des Kriegszustandes und der darnach von der Heeresverwaltung und ihren Gliedern zur Verteidigung und Sicherung des Vaterlandes ergriffenen Maßnahmen und der sich dagegen richtenden Kampfhandlungen des Feindes. Die Handlungen, die die Kriegsschäden unmittelbar oder mittelbar herbeiführen, werden also im höchsten Sinne in Ausübung von Staatshoheitsrechten vorgenommen. So hat hier die Marineverwaltung in Ausübung der Militärhoheitsrechte die Hergabe des Schiffs verlangt. Verpflichtet, den Befehl zu befolgen, das Schiff mit der Ladung auszuliefern, war der Besitzer des Schiffs kraft der öffentlichen Last, die ihm das Kriegsleist.-Gesetz auferlegt, also kraft öffentlichen Rechts. Hat die Marineverwaltung, wie der Kläger behauptet, die Löschung der Ladung nicht gestattet, so entsprang das Verbot wiederum der Militärhoheit, weil das Schiff offenbar ohne jede Verzögerung seiner Bestimmung zugeführt werden mußte. Bei dem Vorgang kommen nur öffentlichrechtliche Ansprüche und Pflichten in Betracht. Zwar wurde in das Privateigentum und das Vermögen des Schiffbesitzers wie des Eigentümers der Ladung eingegriffen; hieraus allein lassen sich aber keine privatrechtlichen Beziehungen zwischen der Staatsgewalt und dem Pflichtigen herleiten, wenn jene in Ausübung von Hoheitsrechten und nicht als Träger privatrechtlicher Befugnisse und Verbindlichkeiten zu dem Eingriff geschritten ist.

Hiernach sind die Ansprüche auf Entschädigung von Kriegsschäden öffentlichrechtlicher Art. Dies aber ist für die Frage des Rechtswegs maßgebend. Nach § 13 GVG. gehören vor die ordentlichen Gerichte nur die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, sofern sie nicht landes- oder reichsgesetzlich vor eine andere Behörde verwiesen sind. Grundsätzlich bilden die öffentlichrechtlichen Streitigkeiten den Gegensatz zu den bürgerlichrechtlichen, die begrifflich mit den privatrechtlichen zusammenfallen.

Daher ist bei dem ausschließlich öffentlichrechtlichen Charakter, den das dem Klagebegehren zugrunde liegende Rechtsverhältnis und die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten tragen, der Rechtsweg verschlossen. Deswegen versagt auch der Versuch des Klägers, sich die gerichtliche Zuständigkeit zu verschaffen, indem er die Klage auf § 904 BGB. stützt. Denn § 904 läßt nur eine rein privatrechtliche Enteignung zu, deren Grundsätze nicht auf öffentlichrechtliche Verhältnisse übertragen werden können, wie denn die Einwirkung der Marinebehörde auf das Schiff mit der Ladung gemäß § 23 KLG. und nicht aus § 904 erfolgt ist. Die Frage, ob der Anspruch auf Vergütung von Kriegsschäden auf das RGes. v. 22. Mai 1910 betr. die Haftung des Reichs

für seine Beamten gegründet und vor das ordentliche Gericht gezogen werden kann, wie Kläger will, bedarf schon deshalb keiner Entscheidung, weil der Vortrag des Klägers für die Anwendbarkeit dieses Gesetzes nichts ergibt. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 15. Febr. 1917. Verein Hamb. Assek. (Kl.) w. D. Reichsfiskus. (KG. Berlin). VI. 409/16. Auch in RGEntsch. 89 Nr. 51 S. 221.

---

181. Unterhaltsanspruch der getäuschten Ehefrau nach rechtskräftiger Anfechtung der Ehe wegen arglistiger Täuschung.

BGB. §§ 1345. 1614.

Die am 15. Juli 1909 geschlossene Ehe der Parteien ist auf die Anfechtungsklage der Frau durch rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts zu D. v. 4. Nov. 1914 auf Grund von §§ 1334 Abs. 1, 1343 Abs. 1 BGB. für nichtig erklärt worden, weil der Mann zur Zeit des Verlöbnisses mit der Klägerin zeitweise Geschlechtsverkehr mit einem Dienstmädchen W. unterhalten habe. Die Klägerin forderte jetzt mit der Behauptung, daß dem Beklagten bei der Eingehung der Ehe die Anfechtbarkeit der Ehe bekannt gewesen sei, gemäß § 1345 BGB. von diesem den Unterhalt in Höhe von 225 ℳ vierteljährlich von der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils an. — In 1. Instanz wurde der Klage teilweise entsprochen, während das Oberlandesgericht die Entscheidung von einem Eide des Beklagten darüber abhängig machte, ob er zur Zeit der Eheschließung gewußt habe, daß ein arglistiges Verschweigen seines im November 1906 vollzogenen Geschlechtsverkehrs mit dem damaligen Dienstmädchen W. der Klägerin das Recht gebe, später die Lösung der Ehe herbeizuführen. Aus den Gründen:

„Der von der Klägerin aus § 1345 Abs. 1 BGB. erhobene Unterhaltsanspruch für die Zeit nach der am 28. Dez. 1914 rechtskräftig gewordenen Nichtigkeitserklärung setzt die Kenntnis des Beklagten von der Nichtigkeit oder, was nach § 142 Abs. 2 BGB. dem gleichzustellen ist, von der Anfechtbarkeit der Ehe zur Zeit der Eingehung der Ehe voraus. Die Klägerin hat daher diese Kenntnis nachzuweisen. Es genügt mithin nicht die Kenntnis des Anfechtungsgrundes (vgl. § 122 Abs. 2 BGB.), der die Anfechtbarkeit begründenden Umstände (vgl. § 40 Nr. 1 KO.; § 11 Nr. 1. 2 AnfG.), sondern die Kenntnis der Anfechtungsbefugnis ist erfordert. Dieser Kenntnis steht ein Kennenmüssen nicht gleich. Sie ist der gesetzgeberische Grund, aus dem in § 1345 BGB. der die Anfechtbarkeit kennende Ehegatte einem im Scheidungsfall für allein schuldig erklärten Ehegatten gleichgestellt wird.

Es fragt sich, wann im allgemeinen eine Kenntnis der Anfechtbarkeit anzunehmen ist und ob nach den Umständen des vorliegenden Falls aus den Feststellungen des Urteils v. 4. Nov. 1914 diese Kenntnis der Anfechtbarkeit

gefolgert werden kann. Zu erfordern ist nicht die Kenntnis der Anfechtbarkeit in der rechtstechnischen Bedeutung dieses Begriffs und mit den ihr eigenen rechtlichen Merkmalen, wenn anders die Vorschrift in § 1345 BGB. überhaupt tatsächlich allgemeine Bedeutung haben und nicht auf den Kreis der Rechtskundigen beschränkt sein soll. Es muß hiernach das Bewußtsein genügen, daß der Gültigkeit und Vollwirksamkeit der Ehe ein rechtlicher Mangel, ein rechtliches Bedenken entgegenstehe;

vgl. SeuffBl. 72, 620 und Thiessen „Die Wirkungen nichtiger Ehen" in Fischers Abhandl. 16 Heft 1, 170. 178.

Allein auch diese geringere Kenntnis wird sich regelmäßig nicht ohne weiteres feststellen lassen und kann gänzlich fehlen. Sie fällt im Falle der Anfechtung der Ehe wegen arglistiger Täuschung nach § 1345 BGB. begrifflich nicht mit dem zur arglistigen Täuschung gehörenden Bewußtsein zusammen. In diesem Fall wird sich allerdings das Bewußtsein des arglistig Täuschenden häufig auf die Anfechtbarkeit der Ehe wegen der arglistigen Täuschung erstrecken (vgl. hierzu RGEntsch. 68, 401). Dies gilt insbesondere häufig bei einer arglistigen Täuschung über einen Verlöbnisbruch, wie er dem Beklagten im Ehestreit nachgewiesen ist. Eine solche Verfehlung gegen die Verlöbnistreue ist nach dem Sittengesetze — von dem Bildungsstande der Parteien aus — dem Treubruch während der Ehe wesensverwandt und wird häufig als ein ziemlich eben so schwerer Verstoß gegen die Treupflicht bewertet wie der Ehebruch. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den überzeugenden Feststellungen des Urteils v. 4. Nov. 1914, daß dem Beklagten die strengen sittlichen Anschauungen der Klägerin vor der Ehe bekannt und für ihn die Veranlassung gewesen sind, sich als ebenso sittenstreng hinzustellen, um die Klägerin an sich zu fesseln und zur Eingehung der Ehe mit ihm geneigt zu machen. Ebenso hat das Oberlandesgericht dort überzeugend dargelegt, daß sich der Beklagte recht wohl bewußt gewesen sei, die Klägerin werde ihm seine schwere Verfehlung mit der W. keinesfalls verzeihen, und daß er ihr deshalb diese Verfehlung geflissentlich verschwiegen habe, während er nach einer Anfang November 1906 seitens der Klägerin vorgenommenen vorübergehenden Aufhebung des Verlöbnisses unwichtige Dinge gebeichtet habe, um sie in den Irrtum zu versetzen, er offenbare ihr alles, was seiner Meinung nach irgendwie für ihre Entscheidung über die Erneuerung des Verlöbnisses und eine künftige Eheschließung bedeutsam sein könne. Wenn daraus der Schluß gezogen wird, der Beklagte habe in berechnender Weise aus der Erkenntnis heraus, daß die Ehe sonst nicht zustande kommen werde, der Klägerin die Verfehlung mit der W. geflissentlich verheimlicht und ihr auch späterhin bis zur Eheschließung hiervon keine Mitteilung gemacht, so liegt in der Tat der vom Landgericht im gegenwärtigen Rechtsstreit daraus gezogene weitere Schluß nahe, der Beklagte habe zur Zeit der Eingehung der Ehe auch die Anfechtbarkeit der Ehe wegen derselben arglistigen

Täuschung, d. h. die Zulässigkeit eines rechtlichen Angriffs gegen den Bestand der Ehe gekannt. — — —

Im Gegensatz zum Landgericht erachtet es das Ber.-Gericht unter Würdigung aller (näher erörterten) Umstände nicht für ausgeschlossen, daß der Beklagte, dessen sittliche Anschauungen nicht so hohe gewesen sind wie die der Klägerin, zur Zeit der Eheschließung, wennschon er die Verlöbnistreue arglistig verschwieg, sich doch über die Zulässigkeit einer Anfechtung der Ehe wegen des arglistigen Verschweigens dieser fast drei Jahre zurückliegenden Verfehlung keine Gedanken gemacht und von der Eigenschaft jener Täuschung als Eheanfechtungsgrundes keine Kenntnis gehabt hat. Es kann nicht zugegeben werden, daß die Anfechtbarkeit oder Lösbarkeit der Ehe wegen eines derartigen Verschweigens einer vorehelichen Verfehlung des Mannes so allgemein bekannt wäre, daß diese Kenntnis auch beim Beklagten vorausgesetzt und ohne weiteres aus seiner Arglist beim Verschweigen der Anfechtungstatsache gefolgert werden könnte. Wenn er sich gesagt hat, die Klägerin würde bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Ehe mit ihm nicht geschlossen haben, so zwingt dies nicht zu dem Schlusse, daß er auch die Eigenschaft eines Verschweigens der Verlöbnisuntreue als Anfechtungsgrundes gekannt hat. Diese Kenntnis setzt eben immerhin schon — auch wenn man die oben hervorgehobene geringere Kenntnis genügen läßt — Rechtskenntnisse voraus, die zwar auch in Laienkreisen vorhanden sein können, aber nicht gewöhnlich sind. In Laienkreisen kann man sogar der Anschauung begegnen, daß wegen eines vorehelichen Geschlechtsverkehrs des Mannes, selbst während der Verlöbniszeit, und wegen des Verschweigens dieser Tatsache „eine Lösung der Ehe" nicht verlangt werden könne.

Nach alledem hält das Ber.-Gericht es nach § 475 ZPO. für geboten, dem Beklagten über die behauptete Kenntnis der Anfechtbarkeit bei der Eheschließung einen richterlichen Reinigungseid aufzuerlegen. Ist diese Kenntnis bewiesen, so ist der Klaganspruch, soweit es sich um die Voraussetzungen von § 1345 BGB. handelt, seinem Grunde nach gerechtfertigt; denn daß die Klägerin zur Zeit der Eheschließung die Anfechtbarkeit der Ehe gekannt hätte, hat der dafür beweispflichtige Beklagte nicht dargetan.

Was den angeblichen Verzicht der Klägerin auf Unterhalt für die Zeit nach der Auflösung der Ehe anlangt, so ist der Meinung des Landgerichts, ein derartiger Verzicht sei unzulässig, nicht beizutreten. Unterhaltsansprüche aus §§ 1578 ff. BGB. — und darum auch aus § 1345 BGB. — sind als rein vermögensrechtliche, eine Art von Schädenforderungen darstellende Ansprüche verzichtbar. Dies folgt aus § 1580 Abs. 3 BGB., wo die Vorschrift in § 1614 BGB. unter den für die Unterhaltspflicht geltenden Vorschriften nicht aufgeführt ist, sowie aus der sonstigen Gleichstellung des bei der Anfechtung schlechtgläubigen Ehegatten mit dem bei der Scheidung für allein schuldig erklärten (BGB. von RGRäten Anm. 5 zu § 1580, Anm. 8 zu § 1345). Allein aus dem eigenen

Vorbringen des Beklagten läßt sich ein schlüssiger Verzicht der Klägerin überhaupt nicht ableiten. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 17. Dez. 1915. W. w. W. 7 O. 163/15. F—ch.

---

182. Kein Recht zum Rücktritt von einem schon ausgeführten Gesellschaftsvertrage.

HGB. § 133; BGB. § 723.

Die drei Parteien hatten sich früher zu einer off. Handelsgesellschaft vereinigt, die unter den beiden Beklagten auch fortbestehen blieb. Mit dem Kläger entstanden Streitigkeiten; es wurde am 22. Mai 1912 ein Vergleich geschlossen, wonach Kläger die Geschäftsführung und die Vertretung niederlegte und zugleich bestimmt wurde, daß er mit dem 31. Oktober 1915 aus der Gesellschaft ausscheiden werde. Noch vor diesem Termin, im Februar 1915, erhob er Klage, die Gesellschaft wegen verschiedener Vertragswidrigkeiten der Beklagten für aufgelöst zu erklären. Nachdem im Lauf des Prozesses der 31. Okt. 1915 verstrichen war, änderte er den Antrag dahin, die Beklagten zu verurteilen, gemeinschaftlich mit ihm die Liquidation vorzunehmen. Die Klage wurde überall abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Kammergericht ist auf eine Beweisaufnahme über das Vorhandensein wichtiger Gründe zur Auflösung der Gesellschaft (§ 133 HGB.) nicht eingegangen. Es hat erwogen: Nach dem Vergleich v. 22. Mai 1912 sei der Kläger mit dem 31. Okt. 1915 endgültig aus der Gesellschaft ausgeschieden und daher jetzt nicht mehr berechtigt, die Auflösung oder Liquidation der Gesellschaft zu fordern. Vergebens mache er geltend, daß er durch Erhebung der Klage den Rücktritt vom Vergleich wegen positiver Vertragsverletzung erklärt habe. Der Vergleich trage den Charakter eines Gesellschaftsvertrages an sich; bei ausgeführten Gesellschaften aber sei ein Rücktritt nicht möglich.

Diese Erwägungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

In dem Urteil RGEntsch. 81, 303, an das sich der Ber.-Richter anschließt, hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß für Gesellschaften, die schon zur Ausführung gelangt sind, die Vorschrift des § 723 BGB. über Kündigung aus wichtigen Gründen gegenüber den Bestimmungen über Rücktritt (§ 326 BGB.) als ausschließendes Sondergesetz betrachtet werden muß. Die Entscheidung bezog sich auf eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft; aber sowohl die systematischen Gründe wie die Zweckmäßigkeitsrücksichten, auf denen sie beruht, treffen in sogar erhöhtem Maße auf die off. Handelsgesellschaft zu. Während nach Art. 2 EinfG. z. HGB. die Regeln des Handelsgesetzbuchs den Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs vorgehen, werden in § 133 Abs. 2 HGB. gerade die Umstände, die nach §§ 325. 326 BGB. zum Rücktritt Anlaß geben würden, als Gründe der Auflösungsklage aufgezählt. Ebenso ist es ganz be-

sonders für off. Handelsgesellschaften als richtig anzuerkennen, daß das Rücktrittsrecht mit seinen die Gesellschaft nach rückwärts auflösenden Folgen zu unerträglicher Verwirrung führen würde. Das Bedenken der Revision, daß die Beendigung der Gesellschaft nach § 133 HGB. nicht durch Willenserklärung, sondern durch richterliches Urteil stattfinde, bis zu dessen Rechtskraft viel Zeit vergehe, schlägt nicht durch. Auch bei einer Kündigung, der die Gegenpartei widerspricht, bedarf es längerer Zeit, um die Berechtigung gerichtlich feststellen zu lassen. Ob das Urteil konstitutiv oder deklaratorisch wirkt, der Zustand der subjektiven Ungewißheit ist in beiden Fällen der gleiche; die Mißhelligkeiten, die davon unzertrennlich sind, können nur durch einstweil. Verfügungen gemildert werden. — — —

Die entwickelte Ansicht kann auch nicht mit Fug als unbillig getadelt werden. Dem Kläger standen Rechtsbehelfe zu Gebote, um die ihm im Vergleich zugesicherten Rechte geltend zu machen. Er hatte den Erfüllungszwang, konnte z. B. die Büchereinsicht durch einstweil. Verfügung sichern lassen, und hatte den Anspruch auf Schadenersatz nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes. Nur das Recht, von der getroffenen Regelung zurückzutreten, stand ihm nicht zu, weil diese Regelung Bestandteil des Gesellschaftsvertrags geworden war und das Gesetz den Rücktritt von Gesellschaftsverträgen nicht gestattet.

Die Revision mußte danach zurückgewiesen werden."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 16. Jan. 1917. G. P. (Kl.) w. M. P. u. Gen. (KG. Berlin). II. 345/16. Auch RGEntsch. 89 Nr. 75 S. 334.

II. Verfahren.

183. Nach rechtskräftiger Entscheidung des Rechtsstreits ist eine Nebenintervention unstatthaft.

ZPO. §§ 66. 578.

In einem beim Landgericht Cr. anhängigen Rechtsstreit hatte der Rentner Otto C. ein Darlehn von der Firma J. & Schm. zu Cr. zurückgefordert. Diese verkündeten dem Kaufmann Theodor J. in Ü. den Streit. Die Entscheidung des Rechtsstreits wurde in 2. Instanz von einem Eide des Klägers abhängig gemacht. Dieser hat nach Rechtskraft des bedingten Endurteils den Eid geleistet, worauf die verklagte Firma durch Läuterungsurteil v. 16. Dez. 1910 nach dem Klagantrag verurteilt wurde. Nach Rechtskraft dieses Urteils reichte Theodor J., der der Streitverkünderin bisher nicht beigetreten war, im April 1915 beim Oberlandesgericht einen Schriftsatz ein, in dem er erklärte, der Beklagten als Nebenintervenient beizutreten, und zugleich Restitutionsklage gegen beide Urteile des Oberlandesgerichts auf Grund einer neu aufgefundenen Urkunde

mit dem Antrag erhob, unter Beseitigung beider Urteile die Klage abzuweisen. — Das Oberlandesgericht verwarf die Restitutionsklage als unzulässig, die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Vorderrichter legen dar, daß mit den Bestimmungen des § 66 ZPO. die Annahme schlechterdings unvereinbar sei, daß ein Dritter, der ein rechtliches Interesse daran hat, daß die eine Partei obsiege, auch nach der rechtskräftigen Entscheidung eines Rechtsstreits den Beitritt erklärt. Dies folge nicht bloß aus der klaren Bestimmung des Abs. 2, sondern mehr noch aus Abs. 1, wo für den Beitritt ein „anhängiger" Rechtsstreit vorausgesetzt werde. Daraus ergebe sich, daß der zum Beitritt Berechtigte abwarten müsse, bis ein Rechtsstreit anhängig sei, ehe er zum Beitritt zugelassen werden könne; bestehe kein anhängiges Verfahren, weil die Klage noch nicht erhoben oder über sie bereits rechtskräftig entschieden sei, so bestehe auch keine Möglichkeit des Beitritts. Sei daher ein Rechtsstreit rechtskräftig entschieden, so könne der nach § 66 zum Beitritt Berechtigte das Verfahren durch Erhebung der Restitutionsklage nicht wieder anhängig machen, er könne nur beitreten, wenn es von der Hauptpartei durch Erhebung einer Restitutionsklage wieder anhängig gemacht sei.

Diese Auffassung, die übrigens von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller geteilt wird, wird von der Revision ohne Grund beanstandet. Insbesondere ist der Vorwurf verfehlt, die Vorderrichter hafteten zu sehr am Wortlaut des § 66, und es braucht zur Rechtfertigung jener Auffassung auf die von der Revision erörterte rechtliche Natur der Wiederaufnahmeklagen, insbesondere darauf, ob mit ihnen kein neuer Prozeß eingeleitet, der alte Prozeß vielmehr nur aufgenommen werde, nicht eingegangen zu werden. Mit klaren, jede andere Deutung ausschließenden Worten bestimmt § 66 Abs. 2, daß die Nebenintervention bis zur rechtskräftigen Entscheidung erfolgen kann, und zwar auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels. Das besagt, daß, wenn ein Rechtsmittel nicht mehr möglich ist, eine Nebenintervention ausgeschlossen ist. Der Begriff der rechtskräftigen Entscheidung ergibt sich aus § 705 ZPO., und daß unter einem Rechtsmittel i. S. des § 66 nur diejenigen Rechtsbehelfe verstanden werden können, die die Ziv.-Proz.-Ordnung unter diesem Gattungsbegriff im 3. Buche aufführt, und daneben noch der in allen Instanzen in gleichem Maße vorkommende Einspruch, nicht aber die Klagen, die zur Wiederaufnahme des Verfahrens führen, kann nach der Sprache und der Einrichtung der Ziv.-Proz.-Ordnung nicht zweifelhaft sein. Die Ansicht, der durch rechtskräftiges Urteil geschlossene Prozeß müsse, solange gegen ihn noch eine Wiederaufnahmeklage zulässig sei, „in gewissem Sinne" noch als rechtshängig behandelt werden, ist verfehlt. Hieraus, in Verbindung damit, daß nach § 578 ZPO. die Erhebung einer Wiederaufnahmeklage ein durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenes Verfahren voraussetzt, ergibt sich mit Notwendigkeit, daß ein Dritter, der an diesem Verfahren nicht beteiligt war, eine solche Klage nicht erheben kann.

So ist der vorliegende Fall gestaltet: die Streitverkündung ist ohne Erfolg geblieben; der jetzige Restitutionskläger ist der Beklagten im Hauptprozesse nicht beigetreten; das ist erst geschehen, nachdem der Prozeß durch rechtskräftiges Endurteil beendigt war; er hatte darin irgendeine Stellung nicht erworben; er war daran völlig unbeteiligt. Bei dieser Sachlage kann unerörtert bleiben, ob dem Nebenintervenienten, mithin dem, der, sei es freiwillig, sei es infolge Streitverkündung einer Partei während des Hauptprozesses, also vor dessen rechtskräftiger Entscheidung, beigetreten war, eine Stellung in diesem Prozesse daher schon eingenommen hatte, das Recht zur Erhebung einer Wiederaufnahmeklage zugestanden werden kann. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 22. Febr. 1917. J. w. E. u. Gen. (OLG. Düsseldorf). VI. 232/16. Auch in RGEntsch. 89 Nr. 95 S. 424.

---

184. Auch das erst nach dem Anerkenntnisurteil ergehende Kostenurteil ist nur mit Berufung anfechtbar.

Vgl. 70 Nr. 185 m. N.
ZPO. § 99 Abs. 2 u. 3.

Der Kläger erwirkte gegen den Beklagten beim Landgericht in der Sitzung vom 3. Februar 1917 ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Anerkenntnisurteil. Hinsichtlich des Kostenpunktes stellten die Anwälte der Parteien außergerichtliche Erledigung in Aussicht. In dem auf klägerischen Antrag anberaumten neuerlichen Termin vom 10. März 1917 wurde über die Kosten verhandelt; das Landgericht legte die Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten auf und erklärte das Urteil für vorläufig vollstreckbar. Gegen dieses Urteil richtete sich die sofortige Beschwerde des Beklagten, die das Oberlandesgericht als unzulässig verwarf. Aus den Gründen:

„Nach dem klaren Wortlaut des § 99 Abs. 3 ZPO. findet gegen ein Kostenurteil die sofortige Beschwerde nur dann statt, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist. Hier ist aber eine solche, und zwar durch längst rechtskräftiges Anerkenntnisurteil ergangen, das mangels Mitentscheidung über die Kosten allerdings ein Teilurteil war, wenn es auch nicht als solches bezeichnet ist. Solchenfalls ist nicht Abs. 3, sondern Abs. 2 einschlägig; wonach bei Erledigung der Hauptsache durch Anerkenntnisurteil die Kostenentscheidung „selbständig" anfechtbar ist, d. h. also durch das für die Hauptsache zulässige Rechtsmittel, gleichgültig, ob es gegen die Hauptsache wirklich eingelegt wird. Das ist hier die Berufung. Allerdings ist der Kostenanspruch hier nicht äußerlich in einem einheitlichen Urteil mit dem Anerkenntnisurteil vereinigt, das ist aber belanglos;

RGEntsch. 46, 394; OLGRspr. 2, 253; 3, 436; Petersen ZPO. [5] 1, 257 Bem. 7 zu § 99; Förster-Kann [3] 333 Bem. 2 c d zu § 99; Freudenthal [3] Bem. 7 zu § 99.

Auch auf solche Fälle, die sogar in der Praxis die Mehrheit bilden werden, trifft der Grund der Zulassung der Berufung statt der Beschwerde zu, nämlich,

daß sich letztere für die hier auftauchenden Fragen des § 93 ZPO. weniger eignet. In der Tat kann es keinen Unterschied bedeuten, ob die widersprechende Kostenverhandlung sofort oder nach einer Vertagung stattgefunden hat. Der von einzelnen Erläuterern besonders hervorgehobene Streitfall, daß das Anerkenntnis nicht zur vollständigen Erledigung der Hauptsache geführt hat, liegt hier nicht vor.

Auch das Landgericht hat offenbar den Abs. 2 des § 99 für anwendbar erachtet, da es das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt hat (SeuffBl. 71, 226). Da die Entscheidung durch eine Gegenerklärung des Klägers nicht beeinflußt werden könnte, war von einem Gehör desselben als überflüssig abzusehen (Recht 1900, 94; ZZP. 43, 431)."

Beschluß des OLG. München (1. Sen.) v. 6. Juni 1917. P. w. Z. Beschw. Reg. 122/17. F—z.

---

185. Dürfen persönliche Eindrücke bei der Beweiswürdigung verwertet werden?

Vgl. 42 Nr. 255. m. N.
ZPO. § 286.

Die Beklagte war rechtskräftig zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft mit dem Kläger verurteilt worden. Unter der Behauptung, daß sie böslich trotz schriftlicher Aufforderung v. 2. Sept. 1912 dem Urteil keine Folge geleistet habe, erhob Kläger Anfang März 1914, nachdem zwei Sühnetermine am 13. Juni und 5. Juli 1913 stattgefunden hatten, Klage auf Scheidung. Die Beklagte wandte ein, daß es im ersten Sühnetermin zu einer Versöhnung gekommen sei. Sie machte auch geltend, daß bei der Schwäche ihrer Geisteskräfte und bei ihrer Willensschwäche aus der bloßen Nichtbefolgung der Aufforderung v. 2. Sept. 1912 keine böse Absicht gefolgert werden dürfe. — In beiden Instanzen wurde auf Scheidung erkannt. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Die Scheidung aus § 1567 Nr. 1 BGB. setzt voraus, daß der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft rechtskräftig verurteilte Ehegatte dem Urteil in böslicher Absicht nicht Folge geleistet hat. Diese Voraussetzung würde nicht vorliegen, wenn die Beklagte, die ebenso wie der Kläger taubstumm ist, infolge ihrer geringen geistigen Fähigkeiten ein genügendes Verständnis von der Bedeutung des Herstellungsurteils nicht besessen oder nur eine so geringe Willensfreiheit gehabt hätte, daß sie für das Fernbleiben nicht verantwortlich gemacht werden könnte. Das Ber.-Gericht hat dies trotz der im Vorprozeß von dem Sachverständigen M. gegen die geistige Befähigung der Beklagten und namentlich gegen ihre Willensfähigkeit ausgesprochenen Bedenken verneint. Seine Überzeugung gründet sich jedoch nach Inhalt des Ber.-Urteils lediglich auf den persönlichen Eindruck, den der Berichterstatter in dem unter

Zuziehung eines Dolmetschers am 4. März 1916 abgehaltenen Sühnetermin von der Beklagten gewonnen habe.

Mit Recht rügt die Revision, daß ein solcher Eindruck auf den beauftragten Richter nicht habe berücksichtigt werden dürfen. Dem Gericht ist es zwar nicht verwehrt, die ihm sinnenfällig gewordenen Eindrücke, welche die Person eines Zeugen, eines Sachverständigen oder einer Partei auf es gemacht hat, im Urteil zu verwerten. Es enthält aber, wie das Reichsgericht bereits in verschiedenen Entscheidungen ausgeführt hat,

vgl. RGEntsch. 17, 425; JW. 1887, 187 [1]; GruchotsBeitr. 51. 193,

eine Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der Verhandlung, wenn das erkennende Gericht derartige Eindrücke, die nicht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht sind, berücksichtigt. In den angeführten Entscheidungen ist dies zwar nur ausgesprochen bezüglich des Eindrucks, den ein Zeuge bei seiner Vernehmung hervorgerufen hat. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn der Eindruck, den das Verhalten einer Partei gemacht hat, der Entscheidung zugrunde gelegt werden soll. Ob eine Ausnahme von diesem Grundsatz dann zuzulassen ist, wenn der beauftragte Richter über seine Wahrnehmungen einen Vermerk in das Protokoll aufgenommen hat, der als Bestandteil der Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung vorgetragen ist, kann unerörtert bleiben, da im vorliegenden Fall das Prot. v. 4. März 1916 keinen solchen Vermerk enthält. Der gerügte Mangel ist übrigens hier von um so größerer Bedeutung, als es für die Beurteilung der Willens- und Urteilskraft der Beklagten an jeder objektiven Grundlage fehlt, das erkennende Gericht in dieser Beziehung vielmehr einzig und allein auf den Eindruck des beauftragten Richters angewiesen war. — — —

Was sodann den Einwand der Aussöhnung betrifft, so ist dieser Einwand von dem Ber.-Richter verworfen worden, weil zwar manches für die Richtigkeit der Bekundungen der Zeugen P. und Gr. spräche, anderseits aber der Kläger dem Zeugen B. erklärt habe, daß er im Sühnetermin mißverstanden sei und ein solches Mißverständnis, wie es im Ber.-Urteil heißt, nach der Überzeugung des Senats gemäß dem persönlichen Eindruck des Berichterstatters von der Verhandlungsfähigkeit des Klägers ohne Dolmetscher trotz der von P. bekundeten Einzelheiten möglich sei. Auch hier hat das Ber.-Gericht, was die Revision zutreffend rügt, den nicht protokollierten Eindruck des beauftragten Richters, vor dem der Kläger in dem Sühne- und Beweistermine am 4. März 1916 erschienen ist, in unzulässiger Weise verwertet. Die Annahme, daß die Aussöhnung nicht erwiesen sei, beruht nicht bloß auf der Aussage des B., sondern wesentlich auch auf dem persönlichen Eindruck, den der beauftragte Richter von der Auffassungsfähigkeit des Klägers und von der Möglichkeit, sich in zuverlässiger Weise mit ihm zu verständigen, erlangt hat. Eine unmittelbare Erkenntnisquelle konnte aber dieser Eindruck für das erkennende Gericht, das aus der mündlichen Verhandlung hierüber nichts erfahren hat, nicht bilden.

Wegen dieser beiden Prozeßverstöße, die eine Verletzung der §§ 285. 286 ZPO. enthalten, mußte das Ber.-Urteil aufgehoben und die noch nicht entscheidungsreife Sache an das Ber.-Gericht zurückverwiesen werden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 1. März 1917. P. w. P. (OLG. Stettin). IV. 390/16.

---

186. Kann die zugesprochene Unfallrente wegen späterer Verheiratung der Verletzten gemindert werden?

ZPO. § 323; BGB. § 843.

Der Beklagten, die bei einem Unfall im Betriebe der klagenden Straßenbahngesellschaft verletzt wurde, war durch Urteil v. 30. Sept. 1912 eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit zugesprochen worden. Die Klägerin erhob später auf Grund des § 323 ZPO. Klage auf Abänderung des Urteils, die u. a. darauf gestützt wurde, daß die Beklagte sich inzwischen mit dem Arbeiter Gr. verheiratet hatte. Die Klage wurde abgewiesen. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Revision ist zuzugeben, daß der Fall des vom Vorderrichter angezogenen Urteils des Reichsgerichts in JW. 1912, 594[15] mit dem vorliegenden sich nicht dergestalt deckt, daß jene Entscheidung ohne weiteres auch hier zuträfe. Dort war der Verletzten durch den Unfall eine mit bestimmtem Einkommen verbundene Anstellung verloren gegangen, die sie auch dann, wenn der Unfall nicht gewesen wäre, hätte aufgeben müssen, falls sie sich entschloß, in die Ehe zu treten. Dort mußte das Bedenken auftreten, daß für diesen Schaden der ursächliche Zusammenhang mit dem Unfall unterbrochen sein würde, wenn sich feststellen ließe, daß die Verletzte, auch wenn sie den Unfall nicht erlitten hätte, zur Ehe geschritten wäre. Davon ist hier nicht die Rede. Hier ist vielmehr durch Schätzung auf Grund der gesamten Verhältnisse die Minderung der Erwerbsfähigkeit auf einen Bruchteil der unversehrten Arbeitskraft veranschlagt worden. Dem gegenüber läßt sich nicht mit derselben Bestimmtheit sagen, daß unter der gleichen Voraussetzung, daß die Ehe auch ohne den Unfall geschlossen worden wäre, der Kausalzusammenhang des Unfalls mit dem Schaden unterbrochen sein würde. Es läßt sich nicht allgemein der Satz aufstellen, daß die Erwerbsfähigkeit der Frau dadurch an wirtschaftlichem Wert verliere, daß sie zur Ehe schreitet. Darüber kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der Lebensverhältnisse der Eheleute entschieden werden. Insbesondere in den Kreisen der Bevölkerung, welchen die Beklagte und ihr Ehemann nach Stand und Beruf angehören, ist die Frau in weitestem Umfange darauf angewiesen und verpflichtet, neben dem Mann zur Aufrechterhaltung und Hebung der Lebensführung ihre Arbeitskraft zu verwerten. Und da auch, wo das tatsächlich nicht geschieht, ist die Arbeitskraft der Frau auch wirtschaftlich von erheblicher Bedeutung, weil sie den

Haushalt führt, den Mann von allem, was hier zu geschehen hat, freihält und ihm die volle Entfaltung seiner Arbeitsleistung ermöglicht. Naturgemäß bildet denn auch bei dem Entschluß, einen gemeinschaftlichen Hausstand zu gründen, die volle Arbeitskraft der Frau einen unter Umständen wesentlichen Faktor, und es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn gegebenen Falles vernünftige Überlegung dabei den Umstand in Rechnung stellt, daß die Betreffende zwar minder leistungsfähig ist, dafür aber eine Unfallrente bezieht. Es kann auch nicht schlechthin entscheidend sein, wie die Eheleute sich im einzelnen Falle das Leben einrichten. Steht die Frau davon ab, auf Erwerb auszugehen oder im Erwerbsgeschäfte des Mannes mit die Hand anzulegen, so muß das in diesen Verhältnissen in der Art der Lebensführung der Eheleute zur Geltung kommen. Es ist dieses dann die Gestalt, in welcher eine Minderung der Erwerbsfähigkeit der Frau in die Erscheinung tritt, und dann sehr wohl durch Geld wieder ausgeglichen werden kann. Es liegt auch keine Veranlassung vor, den vorliegenden Fall wegen besonderer Umstände anders zu beurteilen, zumal da die Beklagte vielleicht gerade wegen ihres leidenden Zustandes davon hat absehen müssen, auf Verdienst auszugehen, und nicht einmal imstande zu sein scheint, die häuslichen Arbeiten ohne Beschwerden zu verrichten — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 19. März 1917. Gr. B. StrB. (Kl.) w. Gr. (KG. Berlin VI. 24/17.

I. Bürgerliches Recht.

187. Form eines von einem Ausländer im Inlande errichteten Testaments.

Vgl. 54 Nr. 135 m. N.
EinfG. Art. 11; BGB. § 2231.

Die Beklagten sind Vollstrecker des Testaments des am 9. Februar 1914 in Hamburg verstorbenen G. van D., der nach bestrittener Behauptung des Klägers holländischer Staatsangehöriger war und ein eigenhändiges Testament hinterlassen hat. Der Kläger — ein in Holland lebender Brudersohn des Erblassers — steht auf dem Standpunkt, daß für die Beerbung holländisches Recht, und zwar auch hinsichtlich der Errichtungsform, zur Anwendung gelange, daß darnach das eigenhändige Testament ungültig sei und er seinen gesetzlichen Erbteil zu beanspruchen habe.

Die Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EinfG. z. BGB. ist eine absolute Kollisionsnorm, „eine ganz selbständige, für alle Rechtsgeschäfte geltende Vorschrift", in deren Bereich, ebensowenig wie der Art. 13 Abs. 1 (vgl. RGEntsch. 88, 192 in SeuffA. 72 Nr. 64) der Art. 25 EinfG. eingreift (vgl. RGEntsch. 43, 156, in SeuffA. 54 Nr. 135).

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht nicht für, sondern gegen den Kläger, denn der in der Kommission gestellte Antrag, daß die Form des Errichtungsortes nur genügen sollte, „sofern nicht das nach Satz 1 (des § 3 Entw., Art. 11 EinfG.) maßgebende Gesetz (also das Gesetz, welches für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend ist) entgegensteht", hat eben im Gesetze keine Aufnahme gefunden. Die somit bei den Beratungen des Gesetzes allerdings vorhandenen Bestrebungen, die allgemeine Bedeutung des Satzes „locus regit actum" in dieser Weise einzuschränken, sind daher erfolglos geblieben und im Wortlaut des Gesetzes hat die absolute Natur der Kollisionsnorm, wie besonders deutlich auch aus dem Abs. 2 des Art. 11 hervorgeht, der ihre Geltung im Gebiete des Sachenrechts und nur in diesem Gebiete ausschließt, zweifelfreien Ausdruck gefunden.

Die Klage ist daher unbegründet, auch wenn der Erblasser die holländische Staatsangehörigkeit besessen haben und das darnach für die Beerbung maßgebende holländische Recht die Gültigkeit eines im Auslande errichteten handschriftlichen Testaments nicht anerkennen sollte.

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 2. Mai 1917. van D. (Kl.) w. R. u. Gen. Bf. IV. 403/16. Gr.

---

188. Stillschweigende Erledigung eines Lieferungsgeschäfts.

Vgl. 70 Nr. 77. 143. 211 m. N.
BGB. § 157; HGB. § 346.

Am 15. Mai 1914 hatte die Klägerin 10 Bund nordamerikanische Globus-Mitteldärme, prompte Abladung cif Stettin netto Kasse nach Eintreffen in Stettin, von den Beklagten gekauft. Die Beklagten lieferten nicht, weil die Klägerin stillschweigend auf die Lieferung verzichtet habe, ihnen auch die Lieferung infolge Kriegsausbruchs und der damit verbundenen Seesperre unmöglich geworden sei. Die auf Lieferung gerichtete Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Wenn auch davon auszugehen war, daß Stillschweigen nicht ohne weiteres als Zustimmung zu einer zugegangenen Erklärung anzusehen ist, so ist doch anerkannten Rechtens, daß im Handelsverkehr das Stillschweigen eines Kaufmanns auf ein ihm von einem andern Kaufmann gemachtes vertragliches Anerbieten im Hinblick auf die im Verkehr üblichen Gebräuche und Gewohnheiten als Zustimmung angesehen werden kann. In ihren Briefen v. 25. und 30. Sept. 1914 haben nun die Beklagten, rechtlich betrachtet, der Klägerin das Angebot gemacht, den Abschluß v. 15. Mai 1914 wegen des Kriegsausbruchs und der eingetretenen englischen Seesperre als aufgehoben zu betrachten, da die den Gegenstand des Abschlusses bildende nordamerikanische Verschiffungsware auf dem vertragmäßig angenommenen Wege nicht mehr hereinzubekommen wäre. Die Klägerin hat auf dieses Angebot bis zum 11. Nov. 1914 geschwiegen und, als die Beklagten in ihrem Briefe v. 13. Nov. 1914 bei ihrer Stellungnahme beharrten, bis zum 16. Juli 1915 nicht nur geschwiegen, sondern in dieser Zeit mit den Beklagten über gleichartige Ware neue Abschlüsse gemacht, ohne noch auf den Abschluß v. 15. Mai 1914 zurückzukommen oder sonstwie der Stellungnahme der Beklagten zu widersprechen. Ihr Verhalten war nach Treu und Glauben, zumal es sich um eine im Preise schwankende Ware handelt, garnicht anders denn als eine Willenskundgebung des Inhalts aufzufassen, sie sei mit der Aufhebung des Abschlusses einverstanden. Diese Beurteilung des Sachverhalts: Aufhebung des Abschlusses durch gegenseitige Übereinstimmung, entzog dem Klaganspruch die rechtliche Grundlage ohne weiteres.

Aber auch bei Verneinung eines derartigen Aufhebungsvertrages würde die Klägerin nicht mehr Lieferung verlangen können, da sich die Beklagten mit Recht auf unverschuldete Unmöglichkeit berufen konnten. — — —"

Urteil des OLG. zu Frankfurt a. M. (4. Sen.) v. 28. Februar 1917. H. w. W. 4 U. 75/16. Ka.

---

189. Haftung einer Bank aus dem einem ungetreuen Bankbeamten ausgestellten, die Unehrlichkeit verschweigenden Zeugnis.

Vgl. 70 Nr. 146 m. N.

BGB. §§ 876. 826.

Wilhelm K., der vom 6. August 1906 bis zum 21. Juli 1909 bei der Beklagten als Bankbevollmächtigter angestellt war, hatte in dieser Stellung Unterschlagungen in Höhe von 54000 ℳ begangen. Die Beklagte hatte ihm nach dem 21. Juli 1909 ein auf den 21. Juli 1909 zurückdatiertes Zeugnis ausgestellt, worin sie sagt: „K. hat sich in der angegebenen Zeit als ein im Bankfach routinierter und kenntnisreicher Mann erwiesen. Sein Austritt erfolgt auf seinen Wunsch". Im Jahre 1912 stand K. einige Zeit als Buchhalter im Dienste des Klägers. Unter dem Anführen, K. habe auch beim Kläger Unterschlagungen begangen, wofür die Beklagte verantwortlich sei, da Kläger durch das die Unehrlichkeit K.s verschweigende Zeugnis der Beklagten zur Anstellung K.s bestimmt worden sei, beantragte der Kläger die Verurteilung der Beklagten zum Ersatz des ihm in Höhe von 3766,17 ℳ erwachsenen Schadens, wozu die Beklagte in allen Instanzen verurteilt wurde. — Aus den Gründen des in letzter Instanz bestätigten Ber.-Urteils:

„**Wer wissentlich einem früheren Angestellten ein falsches Zeugnis ausstellt, von dem er annimmt oder den Umständen nach annehmen muß, daß es der Angestellte zum Zweck der Täuschung gebrauchen werde, macht sich nach § 826 BGB. schadenersatzpflichtig. Ein falsches Zeugnis stellt auch derjenige aus, der es nicht auf eine bestimmte Eigenschaft erstreckt, ihm aber eine solche Fassung gibt, daß ein einsichtvoller Leser trotz Fehlens eines Ausspruchs über die betreffende Eigenschaft annehmen muß, sie sei vorhanden, während sie in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Das gilt insbesondere von der Ehrlichkeit.**

Nach der gutachtlichen Äußerung der Handelskammer zu L. v. 19. Febr. 1915, die im Einklang steht mit den Feststellungen in dem Urteil des Reichsgerichts v. 20. Mai 1915 (Warneyer Rechtspr. des RG. 1916 Nr. 76) und der sich der erkennende Senat anschließt, pflegt in Zeugnissen höherer Angestellter, wie es K. war, die Ehrlichkeit nicht besonders bescheinigt zu werden. Vielmehr wird sie als selbstverständlich vorausgesetzt, und das Zeugnis ist, wenn der Angeklagte ehrlich war, so zu fassen, daß man aus seinem Sinn auf die Ehrlichkeit schließen kann. So ist im vorliegenden Fall das von der

Beklagten dem K. ausgestellte, vom 21. Juli 1909 datierte Zeugnis gefaßt. Wenn darin gesagt ist, daß K. bei der Beklagten drei Jahre lang als Bankbevollmächtigter, zuletzt als Vorsteher einer Depositenkasse, angestellt gewesen sei und sich als ein im Bankfach routinierter und kenntnisreicher Mann erwiesen habe, sowie daß sein Austritt auf seinen Wunsch erfolgt sei, so muß jeder einsichtvolle Leser die Überzeugung gewinnen, daß K. alle Eigenschaften besitze, die für einen Bankbevollmächtigten, insbesondere auch für einen selbständigen Filialleiter erforderlich sind, daß also an seiner Ehrlichkeit nicht gezweifelt und er unbedenklich ohne Einholung weiterer Auskünfte angestellt werden könne. Es ist also durch das Zeugnis, ähnlich wie in dem jenem Reichsgerichtsurteil zugrunde liegenden Falle die Ehrlichkeit K.s geradezu bezeugt.

Nun ist aber das Zeugnis nicht, wie es sich den Anschein gibt, beim Weggang K.s von der Beklagten am 21. Juli 1909 ausgestellt — zu welcher Zeit der Beklagten die beträchtlichen Unterschlagungen K.s allerdings noch nicht bekannt waren —, sondern erst Anfang Oktober 1910, zu einer Zeit, wo die Beklagte von den Unterschlagungen K.s längst erfahren hatte. Damals durfte die Beklagte nicht mehr dem Zeugnis eine solche Fassung geben, daß der Leser daraus nicht bloß nichts Nachteiliges gegen K. entnehmen konnte, sondern sogar annehmen mußte, K. sei in jeder Weise für das Bankfach und für eine Vertrauensstellung darin geeignet. Das wußte auch der Direktor der Beklagten W., wie seine Äußerung beweist, „das Zeugnis müsse so ausgestellt werden, daß ihnen dadurch keine Unannehmlichkeiten entständen". Die Beklagte wollte also durch die Vordatierung den Anschein erwecken, als ob sie bei Ausstellung des Zeugnisses noch nichts von den Unterschlagungen gewußt habe. Daß sie sich durch die Ausstellung des günstigen Zeugnisses dem K. für die Deckung der Unterschlagungen erkenntlich zeigen wollte, wie M. richtig vermutet, folgt daraus, daß der Direktor W. das Zeugnis erst dann in Aussicht stellte, wenn die Unterschlagungen sämtlich gedeckt seien. Die Erkenntlichkeit durch die Ausstellung des Zeugnisses bestand darin, daß dem K. dadurch sein späteres Fortkommen erleichtert werden sollte, und das war wiederum nur dadurch möglich, daß dem Zeugnis eine Fassung gegeben wurde, aus der der Leser einen so günstigen Eindruck von K. gewann, daß er ihn ohne weitere Erkundigungen anstellte.

Die Beklagte hat sich auch gesagt, daß durch die unrichtige Fassung des Zeugnisses einem künftigen Geschäftsherrn Schaden zugefügt werden könne. Das folgt namentlich daraus, daß sie erfahren hatte, wie K. vor dem 10. März 1910 — also etwa ein halbes Jahr vor Ausstellung des Zeugnisses der Beklagten — einer andern Firma ein fälschlich angefertigtes Zeugnis vorgelegt hatte, aus welchem Anlaß sie dem K. am 11. März 1910 mit einer Anzeige bei der Staatsanwaltschaft gedroht hatte. Sie wußte also, daß sich K. nach den bei ihr begangenen Unterschlagungen nicht gebessert hatte, sondern in seinem

verbrecherischen Treiben fortfuhr, sogar vor Urkundenfälschung nicht zurückschreckte, und ihm daher weitere Veruntreuungen sehr wohl zuzutrauen seien. Anderseits ersah sie aus der von K. an ihren Direktor W. gerichteten Bitte um ein Zeugnis, welchen Wert K. auf ein echtes Zeugnis lege, und daß er nach der Erfahrung, die er mit der Vorlegung eines gefälschten Zeugnisses gemacht hatte, bei künftigen Bewerbungen um eine Stelle das echte, ihm von der Beklagten wirklich erteilte Zeugnis vorlegen und dadurch seinen künftigen Prinzipal über seinen Mangel an Ehrlichkeit täuschen, hierdurch aber der Gefahr einer Vermögensschädigung durch neue Unehrlichkeiten aussetzen werde.

Damit sind die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 826 BGB. gegeben.

Daß der Kläger durch Unterschlagungen geschädigt ist, die K. in seiner Stellung bei ihm begangen, ist außer Streit; sttreitig dagegen die von der Beklagten verneinte Frage, ob das Zeugnis der Beklagten für diese Vermögensschädigung ursächlich war. Sie ist zu bejahen. Insbesondere hat der erkennende Senat auf Grund der Ergebnisse der Verhandlung und Beweisaufnahme die volle Überzeugung davon erlangt, daß K. das Zeugnis der Beklagten dem Kläger vorgelegt hat und daß Kläger durch dieses Zeugnis bewogen worden ist, ihn anzustellen. — — —

Die Beklagte sucht dem Kläger den Schaden oder wenigstens einen Teil davon selbst aus dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens aufzubürden, weil er nicht über K. noch besondere Auskünfte eingezogen habe. Allein gegenüber der Haftung aus vorsätzlicher Schädigung kommt ein Mitverschulden in der Regel überhaupt nicht in Betracht (vgl. RG. in Warneyer Rechtspr. d. RG. 1914 Nr. 49). Bestände eine so allgemein geübte und bekannte Gepflogenheit, einen Bankbeamten auch bei Vorlegung guter Zeugnisse erst anzustellen, nachdem noch besondere Erkundigungen bei seinem früheren Prinzipal eingeholt worden, daß die Beklagte es als selbstverständlich hätte voraussetzen können, man werde sich an sie wenden und sie könne alsdann der betreffenden Firma reinen Wein einschenken, so könnte vielleicht in Frage kommen, ob hierdurch der Vorsatz auf seiten der Beklagten zu verneinen wäre. Aber eine solche allgemeine Übung besteht nicht, wie aus dem Gutachten der Handelskammer zu U. v. 8. Sept. 1914 hervorgeht, der das Gericht sich anschließt. Auch in dem oben erwähnten, in Warneyers Rechtspr. 1916 Nr. 76 abgedruckten Urteil des Reichsgerichts ist von einer solchen weiteren Erkundigung nicht die Rede.

Wie ferner oben dargelegt ist, liegen hier gerade besondere Umstände vor, aus denen der Vorsatz der Beklagten folgt, wodurch die Anwendung des § 254 BGB. ausgeschlossen wird. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 15. März 1916. M. w. B. C. 7 O. 53/14. Die Revision ist durch Urteil des Reichsgerichts v. 18. Sept. 1916, VI. 174/16, zurückgewiesen worden. —e—.

190. Durch strafbare Handlung erlangte Gegenstände; zu § 111 StPO.

StPO. § 111.

Dem Kläger, der wegen Erpressung von 20000 M, verübt gegenüber dem Generalkonsul G., zu Gefängnis verurteilt ist, waren bei seiner Verhaftung zwei Sparkassenbücher des DNHandl.-Geh.-Verbandes in Hamburg, die er sich gegen Einzahlung des größten Teils der 20000 M verschafft hatte, abgenommen worden. Die Staatsanwaltschaft verweigerte die Herausgabe der Sparkassenbücher an den Kläger und hinterlegte sie am 20. Mai 1915 bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts H. zugunsten des G., ohne auf das Recht zur Rücknahme zu verzichten. Der Kläger verlangte nun vom Hamburger Staat, der gleichfalls die Herausgabe der Bücher verweigert hatte, diese Herausgabe. Der Anspruch wurde in allen Instanzen als begründet anerkannt. Gründe des Rev.-Urteils:

„Der Ber.-Richter hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht auch bei der Unterstellung, daß der Kläger die vom Konsul G. erhaltenen Barmittel ungewechselt bei der Sparkasse des Deutsch-Nationalen Handlungsgehülfenverbandes eingezahlt hat, angenommen, daß die Sparkassenbücher keine dem Verletzten G. durch die festgestellte strafbare Handlung des Klägers entzogenen Gegenstände i. S. des § 111 StPO. seien und daß sie deshalb dem Kläger zu Unrecht unter Berufung auf diese gesetzliche Vorschrift vorenthalten würden. Die von der Revision erbetene Nachprüfung gibt zu einer Beanstandung keinen Anlaß.

Es entspricht, wie die Vorinstanzen zutreffend ausführen, der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß der angezogene § 111 nur auf solche Gegenstände anwendbar ist, die unmittelbar durch die strafbare Handlung dem Verletzten entzogen worden sind, nicht aber auch auf Gegenstände, die der Täter unter Aufwendung des strafbar Erlangten durch ein an sich weder gegen das Gesetz noch gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft erworben hat. Von dieser Rechtsprechung abzugehen, liegt kein Anlaß vor. Richtig ist, daß man in neuerer Zeit es rechtspolitisch für wünschenswert erachtet hat, die Vorschrift auch auf solche Gegenstände auszudehnen, die mit dem strafbar erlangten Gelde oder dem Erlös strafbar erlangter Sachen angeschafft sind, dementsprechend ist denn auch die Vorschrift in dem neuen Entwurf einer Strafprozeßordnung ausdrücklich auf solche Gegenstände ausgedehnt, allein auch dies spricht nur dafür, daß von dem bestehenden Gesetz solche mittelbar dem Verletzten entzogenen Gegenstände nicht mitbetroffen werden.

Mit Recht haben die Vorinstanzen auch abgelehnt, die Sparkassenbücher um deswillen als unter den § 111 fallend anzusehen, weil sie gleich einem über gestohlene Sachen ausgestellten Pfandschein den Kläger in die Lage setzen würden, sich wieder in den Besitz der durch die strafbare Handlung erlangten Gegenstände zu setzen. Letzteres trifft nicht zu. Durch die Einzahlung gibt

der Einzahlende nicht nur wie bei einer Verpfändung den Besitz, sondern auch das Eigentum an den eingezahlten Barmitteln auf, das an die Sparkasse übergeht, während der Einzahlende als Gegenwert nur den schuldrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung eines gleichgroßen Geldbetrages erhält. Weder dieser Anspruch noch das über ihn ausgestellte Sparkassenbuch können als ein durch die Erpressung erlangter Gegenstand i. S. des geltenden Gesetzes angesehen werden.

Versagt aber hiernach der einzige Grund, den der Beklagte für seine Verweigerung der Herausgabe der Bücher geltend gemacht hat, so beschwert das angefochtene Ber.-Urteil ihn nicht und war deshalb seine Revision, wie geschehen, als unbegründet zurückzuweisen, ohne daß es eines Eingehens auf die vom Ber.-Richter an zweiter Stelle gegebene Begründung bedurfte, daß die Klage ihrem Sinn und Zweck nach auf Freigabe der schuldrechtlichen Forderungen gerichtet sei, diese aber überhaupt keine Gegenstände i. S. des § 111 StPO. seien."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 28. Nov. 1916. Hamb. Staat (Bkl.) w. Cr. (OLG. Hamburg). VII. 362/16.

---

191. Kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Eigentumsklage auf Herausgabe nach Durchführung einer Besitzklage; dagegen Feststellung des Eigentums.

Vgl. 72 Nr. 108 m. N.

BGB. §§ 861. 985; ZPO. § 325. 731. 256.

Die Klägerin verlangt, trotzdem schon im Vorprozesse der Parteien die Beklagte wegen eigenmächtiger Besitzentziehung zur Herausgabe des blauen Autochassis Nr. 3684 nebst dazugehörigen zwei Laternen, einer blauen Haube und eines blauen Kotflügels auf Grund des § 861 BGB. rechtskräftig verurteilt worden ist, auch jetzt wiederum die Herausgabe dieser Sachen. Für diese Klage fehlt ihr das Rechtsschutzbedürfnis, denn wie im Vorprozesse geht auch der jetzige Anspruch aus dem Eigentum nach § 985 BGB. lediglich auf die Herausgabe der Sachen. Daß die Sachen in dem einen Fall wegen eigenmächtiger Besitzentziehung, in dem andern Fall aber wegen Eigentumsbeeinträchtigung herausverlangt werden, ändert nichts daran. Der Gegenstand des Klagebegehrens aus § 985 ist nicht die Feststellung des Eigentums, es ist vielmehr das Eigentum lediglich die klagebegründende Tatsache des Herausgabeanspruchs, und lediglich auf die Feststellung dieses Anspruchs beschränkt sich die Rechtskraftwirkung des auf Grund des § 985 ergangenen Urteils (so auch u. a. Staudinger § 985 I. 1 und Dernburg BR. § 117). Hat aber die Klägerin schon im Vorprozesse ein Urteil auf Herausgabe der Sachen erwirkt, so hat sie damit das bereits erreicht, was sie jetzt wiederum von neuem verlangt. Diesem erneuten zwecklosen Antrag auf Herausgabe

des blauen Autochassis nebst Kotflügel, Haube und Laternen kann deshalb wegen mangelnden Bedürfnisses des Rechtsschutzes nicht stattgegeben werden.

Wohl aber ist für ihren in der Ber.-Instanz erhobenen Anspruch auf Feststellung ihres Eigentums an diesen Sachen ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben, da ihr Eigentum an diesen Sachen noch keine richterliche Feststellung gefunden hat. An der alsbaldigen Feststellung dieses Rechtsverhältnisses gegenüber der das Eigentum bestreitenden Beklagten hat auch die Klägerin, selbst wenn die Beklagte auf Herausgabe dieser Sachen schon verurteilt ist, ein rechtliches Interesse. Denn wie schon dargelegt ist, enthält die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe dieser gegenüber noch nicht, wie Beklagte vermeint, die Feststellung des Eigentums der Klägerin. Dementsprechend wird auch durchgängig die Verbindung dieser beiden Klagen in einem Verfahren als zulässig erachtet (Staudinger a. a. O.). Irrtümlich ist auch die Ansicht der Beklagten, daß in der nachträglichen Erhebung der Feststellungsklage eine Klagänderung liege. Den beiden Ansprüchen auf Herausgabe und Eigentumsfeststellung liegen die gleichen klagebegründenden Tatsachen zugrunde, und die nachträgliche Erhebung der Eigentumsfeststellungsklage enthält gegenüber dem zunächst aus § 985 BGB. erhobenen Anspruch auf Herausgabe der Sachen nicht einen neuen, anders gearteten Anspruch auf Grund andrer Klagetatsachen. Es stellt sich vielmehr die Feststellungsklage nur dar als eine nach § 268 Nr. 2 ZPO. zulässige Erweiterung des Klagantrags in der Hauptsache.

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 17. Okt. 1912. T. w. Firma D. & Co. U II. 75/16. SchlHolstAnz. 1917, 71.

---

192. Über das Verfügungsrecht der Abkömmlinge bis zur Auseinandersetzung wegen der beendigten fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Vgl. 59 Nr. 184; 62 Nr. 183; 63 Nr. 252; 72 Nr. 14.
BGB. §§ 1487. 1491.

Nach dem Tode seiner Ehefrau hatte Adam S. die Gütergemeinschaft mit seinen Söhnen Georg S. und Johann S. und seiner Enkelin Henriette S. fortgesetzt. Als er am 5. Nov. 1915 starb, wurde er von den Söhnen und der Enkelin zu je ⅓ beerbt. Die Erben vereinbarten laut notarieller Urkunde v. 19. Febr. 1916 — indem sie voranschickten, daß eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts und des Nachlasses noch nicht erfolgt sei —, daß die Enkelin aus der Gemeinschaft ausscheiden, diese aber unter den übrigen Teilhabern fortbestehen solle. Demgemäß übertrug Henriette S. in der Urkunde ihren Anteil am Gesamtgut und am Nachlaß des Adam S. auf Georg S. und Johann S. Als Abfindungssumme wurden 6000 ℳ festgesetzt. Dies wurde auch zu dem Anwesen, das zum Gesamtgut und Nachlaß gehörte, im Grundbuch eingetragen. Dann trug jedoch das Grundbuchamt von Amts

wegen zum Schutz der Henriette S. den Widerspruch ein: daß der von der Mutter stammende Anteil den Brüdern Georg S. und Johann S. und der Henriette S. gemeinschaftlich gehöre. — Die Beschwerde der Brüder wurde vom Landgericht verworfen; die weitere Beschwerde hatte Erfolg. Aus den Gründen:

„Es handelt sich hier um die Frage, ob der Anteil der Henriette S. an dem Gesamtgut auf Georg und Johann S. übergegangen ist. Diese Frage ist zu bejahen. Richtig ist allerdings die Annahme des Landgerichts, daß nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, auch wenn die Beendigung durch den Tod des überlebenden Ehegatten erfolgt (§ 1494 BGB.), vor der Auseinandersetzung ein anteilsberechtigter Abkömmling über seinen Anteil am Gesamtgute der fortges. Gütergemeinschaft nicht verfügen kann, denn für die Zeit von der Beendigung der fortges. Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts gilt gemäß § 1497 Abs. 2 die Analogie der ehelichen (und der fortgesetzten) Gütergemeinschaft; das Gesamthandverhältnis dauert bis zur Erledigung der Auseinandersetzung fort, auch die Beschränkung der Verfügung der anteilsberechtigten Abkömmlinge über ihre Anteile am Gesamtgute (§ 1487 BGB.). Es ist nicht richtig, wie die Beschwerdeführer angeben, daß durch die Vereinbarungen in der Urkunde v. 19. Febr. 1916 in Ansehung des Gesamtguts eine Auseinderseßung erfolgt, und daß deshalb eine Verfügung über den Anteil an dem Gesamtgute zulässig gewesen sei. Das Gegenteil einer Auseinandersetzung geht aus der Urkunde hervor; dort ist angegeben, daß die Auseinandersetzung des Gesamtguts und des Nachlasses noch nicht erfolgt ist, und daß die Erschienenen vereinbaren, daß Henriette S. aus der Gemeinschaft ausscheide, daß aber die Gemeinschaft unter den beiden übrigen Teilhabern fortbestehen solle; das Gesamthandverhältnis sollte also für Georg und Johann S. fortbestehen.

Hinsichtlich des Grundsatzes der Unveräußerlichkeit der Anteile der anteilsberechtigten Abkömmlinge an dem Gesamtgute (§§ 1487. 1442) ist aber in § 1491 eine Ausnahme gemacht. Der anteilsberechtigte Abkömmling kann auf seinen Anteil an dem Gesamtgute verzichten. Der Inhalt der Urkunde v. 19. Febr. 1916, wonach die Beteiligten vereinbart haben, daß Henriette S. aus der Gemeinschaft gegen Zahlung einer Abfindungssumme ausscheide, ergibt, daß es der genügend zum Ausdruck gekommene Wille war, daß Henriette S. auf ihren Anteil am Gesamtgut der fortges. Gütergemeinschaft gegen eine Abfindungssumme verzichtet hat; infolgedessen ist ihr Anteil den beiden andern anteilsberechtigten Abkömmlingen mit dinglicher Wirkung zugewachsen.

Die Ansicht des Landgerichts, daß § 1491 nicht in Betracht kommen könne, weil in § 1497 Abs. 2 nur die §§ 1442. 1472. 1473 und nicht auch § 1491 für anwendbar erklärt seien, kann nicht geteilt werden. § 1491 hat eine Ausnahme von dem Grundsatze der §§ 1487 Abs. 1, 1442, daß der anteilsberechtigte Ab-

kömmling nicht über seinen Anteil an dem Gesamtgute verfügen kann, geschaffen, um ihm die Möglichkeit zu gewähren, vor der Auseinandersetzung aus der Gemeinschaft völlig auszuscheiden und auf der Grundlage eines solchen Verzichtes sich die Mittel zur Begründung einer selbständigen Wirtschaft oder seines Unterhalts durch Verwertung seines Anteils zu verschaffen. Dieses Bedürfnis und diese Gründe können aber auch nach Beendigung der fortges. Gütergemeinschaft bis zu der sich oft lange hinausziehenden Auseinandersetzung hervortreten. Es wurde schon oben auf die Analogie der fortges. Gütergemeinschaft hingewiesen. § 1487 Abs. 1, in welchem die Regel aufgestellt ist, daß der anteilsberechtigte Abkömmling nicht über seinen Anteil verfügen kann, ist in § 1497 Abs. 2 auch nicht ausdrücklich angeführt, er findet aber unzweifelhaft auch nach Beendigung der fortges. Gütergemeinschaft bis zur Erledigung der Auseinandersetzung Anwendung; es ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch die Ausnahme in § 1491, solange das Gesamthandverhältnis besteht, Geltung haben soll.

Die Eintragung im Grundbuch, daß Georg und Johann S. allein anteilsberechtigt an dem Gesamtgut sind, ist hiernach nicht unrichtig; zur Eintragung eines Widerspruchs bestand kein Anlaß."

Beschluß des Obersten LG. f. Bayern (1. Sen.) v. 7. Juli 1916. Reg III. 63/16. BayObLGZ. 17, 170.

---

193. Bemessung der Aussteuer.

Vgl. 7 Nr. 60; 70 Nr. 41.
BGB. § 1620.

Die Klägerin, eine Tochter des Beklagten, hatte bei ihrer Verheiratung im April 1915 keine Aussteuer erhalten; sie verlangte mit Klage eine solche von 3000 ℳ nebst Zinsen. — Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Klaganspruch gründet sich auf § 1620 BGB. Darnach ist der Beklagte zur Gewährung einer Aussteuer verpflichtet, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dazu imstande ist. Der Beklagte ist verheiratet. Er hat für Frau und 3 Kinder zu sorgen. Sein dienstliches Einkommen übersteigt nicht 6000 ℳ, Nebeneinnahmen hat er nicht. Er ist zwar Eigentümer eines Hauses und erzielt durch Vermieten mehrerer Zimmer eine jährliche Mieteinnahme von 400 ℳ, das Haus ist jedoch hoch beschwert, so daß diese Einnahme nur eine Verringerung der sonst für seine Verhältnisse zu hohen Wohnungskosten bedeutet. Demgegenüber stehen beträchtliche laufende Verbindlichkeiten. Was der Beklagte regelmäßig an Hypothekenzinsen und Versicherungsprämien aufbringen muß, übersteigt 750 ℳ im Jahre. Hinzu kommen besondere Ausgaben für die Kinder, denen der Beklagte vernünftiger-

und berechtigterweise eine gute Ausbildung zuteil werden läßt. Die Summe, die ihm zur Bestreitung des Haushalts und der übrigen Unterhaltskosten für seine Familie verbleibt, ist zumal angesichts der herrschenden Teuerung sehr knapp bemessen. Da er kein Vermögen besitzt, hat er sogar, um überhaupt nur durchzukommen, ein für seine Verhältnisse nicht unbeträchtliches Darlehn aufnehmen müssen.

Bei dieser Sachlage muß angenommen werden, daß der Beklagte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts nicht in der Lage ist, der Klägerin eine Aussteuer zu gewähren. Daß er früher schon für sie beträchtliche Aufwendungen gemacht hat, kann dabei ganz außer Betracht bleiben. Es soll nicht verkannt werden, daß dem Beklagten grundsätzlich zuzumuten ist, sogar seinen Kredit zur Befriedigung des Aussteueranspruchs der Klägerin auszunutzen. Aber auch diese Pflicht findet ihre Grenze an der Leistungsfähigkeit des Beklagten, dem die Möglichkeit einer ordnung- und standesmäßigen Wirtschaftführung nicht entzogen werden darf. Insbesondere kann von ihm, wie die Dinge liegen, nicht verlangt werden, daß er durch Beleihung seiner Lebensversicherungspolice sich die Mittel verschaffe, der Klägerin eine Aussteuer zu gewähren; denn er muß mit der Möglichkeit rechnen, daß ihm durch den Unterhalt und die Ausbildung seiner übrigen Kinder noch erhebliche Ausgaben erwachsen, und auch abgesehen hiervon kann von einem Beamten, der über ein festbegrenztes Einkommen, nicht aber über ein Vermögen verfügt, besonders in jetziger Zeit nicht verlangt werden, daß er sich der letzten Möglichkeit entäußert, Geldmittel zu beschaffen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 25. April 1917. Ehefr. A. geb. R. w. F. R. Bf. V. 332/16. Nö.

---

194. Über das Züchtigungsrecht der Stiefmutter.

BGB. §§ 1631 Abs. 2, 1685.

Gegen die Ehescheidungsklage der Frau erhob der Mann Widerklage auf Scheidung, die er auf die Behauptung gründete, daß die Frau seinen Sohn erster Ehe oft ohne Grund und in gröblicher Weise mißhandelt habe. Darüber heißt es im Rev.-Urteil:

„— — — Soweit die Revision die Auffassung vertreten will, die Klägerin habe als Stiefmutter den Knaben überhaupt nicht züchtigen dürfen, ist ihr nicht zu folgen. Wenn der Vater noch unerzogener Kinder eine neue Ehe eingeht, überträgt er damit stillschweigend das ihm nach § 1631 BGB. zustehende Erziehungs- und Züchtigungsrecht als abgeleitetes Recht auf die Frau, welche diesen Kindern nun Mutter sein soll. Sie darf deshalb, wie der Vater selbst, die bei der Erziehung angemessenen Zuchtmittel anwenden, und es ist zu deren Anwendung im Einzelfall die besondere Zustimmung

des Vaters kein gesetzliches Erfordernis. Anderseits kann eine Anwendung der Zuchtmittel, wenn sie über das durch die Zwecke der Erziehung gebotene Maß hinausgeht, sich als durch die Erziehungszwecke nicht gebotene Mißhandlung und gesundheitliche Schädigung der Stiefkinder darstellt, dem Vater berechtigten Anlaß zur Erhebung einer auf § 1568 BGB. gestützten Scheidungsklage geben.

Das ist, wenn es im angefochtenen Urteil auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, der Standpunkt, von dem das Ber.-Gericht zutreffend bei der Entscheidung über die Widerklage ausgegangen ist. Die Frage ist nun, ob die Klägerin sich in dem Rahmen des ihr darnach zustehenden Züchtigungsrechts gehalten hat oder ob sie durch wiederholte Überschreitung dieses Rechtes ehewidrig gehandelt hat. Das Ber.-Gericht hat letzteres nicht angenommen, und der Revision ist darin, daß das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausreichend gewürdigt sei, nicht beizutreten. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 24. April 1917. St. w. St. (OLG. Hamburg). VII. 441/16.

---

195. Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments auf Grund einer späteren Kindesannahme; Berufung des Erben auf deren Unsittlichkeit.

BGB. §§ 2079. 2281. 1741. 138.

Die Beklagte ist die kinderlose Witwe des am 4. August 1893 verstorbenen Hermann M. in Berlin. Die Eheleute hatten am 29. Mai 1893 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, durch das sie sich gegenseitig zu Erben und als Nacherben zu 3/4 einen Halbbruder des Mannes, zu 1/4 den Vater des Klägers, unter Substituierung der Abkömmlinge, einsetzten. Die Beklagte hat die Erbschaft ihres Mannes angetreten. Im Jahre 1913 nahm sie ihre Stütze Olga H. an Kindesstatt an und focht, nachdem dieser Vertrag gerichtlich bestätigt worden war, am 16. Mai 1913 in notarieller Urkunde gegenüber dem Nachlaßgericht das gemeinschaftliche Testament an. Der Kläger bestritt die Rechtswirksamkeit dieser Anfechtung; er erhob Klage mit dem Antrage, festzustellen, daß ihm ein Erbrecht an dem Nachlaß der Beklagten ihres verstorbenen Ehemanns auf Grund des Testaments v. 29. Mai 1893 zustehe. — Das Landgericht gab diesem Antrage statt soweit der Nachlaß des verstorbenen Ehemannes der Beklagten in Betracht kommt und wies im übrigen die Klage ab. Auf Berufung des Klägers erforderte das Kammergericht von der Beklagten einen Eid darüber, ob sie mit ihrem verstorbenen Manne einig gewesen sei, daß unter allen Umständen der Vater des Klägers oder letzterer selbst etwas aus dem Nachlaß erhalten sollten; bei Verweigerung des Eides sollte das Erbrecht des Klägers auch gegenüber dem Nachlasse der Beklagten festgestellt werden, andernfalls seine Klage, soweit ihr nicht schon vom Landgerichte stattgegeben worden ist, abgewiesen werden. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:



„Zutreffend hat das Ber.-Gericht bei Beurteilung des Rechts der Beklagten, das gemeinschaftliche Testament anzufechten, die Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs zugrunde gelegt. Eine Verletzung des Art. 214 EinfG. z. BGB. oder der Vorschriften des preuß. Allg. Landrechts liegt deshalb nicht vor. Ebensowenig besteht ein rechtliches Bedenken dagegen, daß das Ber.-Gericht gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament eine Anfechtung in dem angenommenen Umfang auf Grund des § 2079 in Verbindung mit § 2281 BGB. für zulässig erachtet hat; unerheblich ist bei dieser Sachlage, ob das Anfechtungsrecht auch aus § 2078 BGB. hergeleitet werden kann. Dagegen kann der Revision der Erfolg nicht versagt werden, soweit die Behandlung nachstehenden Punktes durch das Ber.-Gericht in Betracht kommt.

Der Kläger hatte schon in der 1. Instanz die Behauptung aufgestellt, daß die Beklagte lediglich deshalb die Olga H. an Kindesstatt angenommen habe, um das gemeinschaftliche Testament zu beseitigen und ihn und seine Stiefschwester um ihre Erbansprüche zu bringen. In 2. Instanz hat der Kläger seine Behauptung unter Beweisantretung wiederholt. — — — Das Ber.-Gericht ist auf den Beweisantrag nicht eingegangen; es sagt vielmehr, auch wenn die Behauptung des Klägers richtig sei, könne sie den gestellten Antrag nicht rechtfertigen. Für diese Instanz muß deshalb die Richtigkeit der bezeichneten Behauptung unterstellt werden.

Zur Begründung der Anschauung, daß jene Behauptung den gestellten Antrag nicht rechtfertigen könne, sagt das Ber.-Urteil: die Behauptung wäre wohl geeignet, eine Klage aus § 826 BGB. zu begründen; aber wenn auch die Beklagte dem Kläger zum Schadenersatz verpflichtet wäre, so bliebe doch die Anfechtung des Testaments rechtswirksam, und das durch sie nichtige Testament könnte nicht durch Richterspruch wiederhergestellt werden. Der Kläger könnte nur Ersatz in Geld verlangen; einen dahingehenden Antrag habe er nicht gestellt, einer Klagänderung habe die Beklagte vorsorglich widersprochen.

Ob wirklich, trotz der Vorschrift in § 249 BGB., wonach Schadenersatz in erster Reihe durch Herstellung eines den Schaden beseitigenden Zustandes zu leisten ist, unter den hier gegebenen Umständen nur Ersatz in Geld verlangt werden kann, braucht nicht weiter untersucht zu werden; denn es ist überhaupt nicht richtig, daß der Kläger auf einen Schadenersatzanspruch beschränkt ist.

Der Kläger selbst hatte sich, soweit ersichtlich, weder in 1. noch in 2. Instanz auf § 826 berufen; es lag auch kein Grund vor, sein Vorbringen in solcher einschränkenden Weise aufzufassen. Es kann vielmehr ebensowohl dahin verstanden werden, daß die Nichtigkeit des Kindesannahme-Vertrags wegen Verstoßes gegen die guten Sitten und damit auch die Unwirksamkeit der auf den nichtigen Vertrag gestützten Anfechtungserklärung geltend gemacht werden sollte. Ein solches Vorgehen des Klägers muß auch als berechtigt anerkannt werden. Denkt man sich etwa den Fall so, daß die den Annahmevertrag

Abschließenden von vornherein darüber einig sind, der Vertrag solle nur dazu dienen, die Anfechtung eines Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testamentes zu ermöglichen, und nach Erreichung dieses Zieles solle das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis wieder aufgehoben werden (§ 1768 BGB.), so springt es ohne weiteres in die Augen, daß dem durch derartiges Vorgehen in seinen Rechten Beeinträchtigten ein unmittelbarer Rechtsbehelf zur Abwehr gegeben sein muß und er nicht auf einen möglicherweise wirkungslosen Schadenersatzanspruch beschränkt werden darf. Daß auch solche familienrechtliche Verträge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein können und daß ihre gerichtliche Bestätigung der Geltendmachung der Nichtigkeit nicht entgegensteht, ist unbedenklich anzunehmen;

Komm. von RGRäten Anm. 1 zu § 1743, Anm. 2 zu § 1754; Staudinger Anm. 1 Abs. 2 zu § 1743, Anm. 1 zu § 1755; Schlegelberger Anm. 1 Abs. 2 zu § 65 FGG; Motive z. BGB. 4, 1001 mit 950.

Es hätte deshalb das bezeichnete Vorbringen des Klägers aus dem Gesichtspunkte des § 138 BGB. gewürdigt werden müssen.

Auch wenn sich bei Prüfung jenes Vorbringens nur soviel ergäbe, daß zwar die Beklagte selbst lediglich in der vom Kläger behaupteten sittenwidrigen Weise gehandelt habe, daß aber der Annahmevertrag wegen Gutgläubigkeit des andern Teils der Nichtigerklärung entrückt wäre, dann bliebe immer noch zu prüfen, ob nicht die von der Beklagten vorgenommene Anfechtung des Testamentes selbst wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist.

Faßt man in der vorbezeichneten Weise das Vorbringen des Klägers dahin auf, daß die Unwirksamkeit der Anfechtungserklärung und damit die fortdauernde Gültigkeit des Testaments v. 29. Mai 1893 geltend gemacht werden sollte, so liegt keine Klagänderung vor. Zuzugeben ist dabei, daß der vorliegende Klagantrag nicht einwandfrei gefaßt ist (was übrigens ebenso gegenüber der ursprünglichen Begründung der Klage zutrifft); es wäre wohl mehr die Unwirksamkeit der erfolgten Anfechtung als die allgemeine Fortdauer des Erbrechts gegenüber einem Lebenden zu betonen. Aber insoweit kann unbedenklich auf dem in § 139 ZPO. bezeichneten Wege geholfen werden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 8. März 1917. D. (Kl.) w. M. (KG. Berlin). IV. 409/16.

---

196. Ungültigkeit fraudulöser Schenkungen des in einem korrespektiven Testament eingesetzten überlebenden Ehegatten.

Vgl. 67 Nr. 17.
BGB. §§ 2269/70. 2287.

— — — Im Fall des § 2269 Abs. 1 ist der Überlebende in der unentgeltlichen Verfügung nicht unbeschränkt. Wenn der Fall des korrespektiven



Testaments nach § 2270 BGB. vorliegt, und das ist hier der Fall, da die Ehegatten sich gegenseitig bedacht haben, findet die Verfügungsfreiheit des Überlebenden darin ihre Schranke, daß er die Verfügungen des Testaments nicht durch Schenkungen absichtlich vereiteln darf. Das Gesetz hat die Unwirksamkeit solcher Schenkungen ausdrücklich allerdings nur beim Erbvertrage (§ 2287 BGB.) anerkannt. Nach der vom Reichsgericht (Entsch. 58, 64; 77, 5) in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung (Entsch. 41, 168) vertretenen Anschauung, der sich dieses Gericht anschließt, ist aber mit Rücksicht auf die überaus enge Verwandtschaft zwischen dem Erbvertrage und dem korrespektiven Testament (§§ 2280. 2269 BGB.), sowie auf die völlige Gleichheit der Rechtslage zwischen dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten, der das ihm Zugewendete nicht ausgeschlagen hat, anzunehmen, daß die Bestimmung des § 2287 BGB. auch auf korrespektive Testamente Anwendung findet. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 8. Juli 1916. H. w. Frau S. Bf. VI. 58/15. Nö.

---

197. Eingetragene Genossenschaft; Nachschüsse zur Abwendung des Konkurses dürfen während der Liquidation nicht erhoben werden.

Vgl. 70 Nr. 88 m. N.
GenG. §§ 7. 105. 140.

Die Klägerin, eine eingetr. Genossenschaft, verlangte vom Beklagten, der ihr Mitglied ist, auf Grund Beschlusses der Vollversammlung v. 17. Febr. 1916, wonach die Genossen zur Deckung der Schulden der Klägerin 15% der Haftsumme von je 300 ℳ für einen Geschäftsanteil bezahlen sollen, nach Höhe von 45 ℳ für jede der ihm gehörigen 15 Geschäftsanteile Zahlung von 675 ℳ. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Klaganspruch wird aus dem Vollversammlungsbeschlusse hergeleitet, nach welchem während der Liquidation der Gesellschaft zur Abwendung des Konkurses von den Genossenschaftern Nachschüsse erhoben werden sollen. Dieser Beschluß ist aber schlechthin nichtig (RG. in JW. 1901, 83[14]).

Die Verbindlichkeit der Mitglieder einer eingetr. Genossenschaft m. b. H. zu Zahlungen erschöpft sich im Verhältnis zur Genossenschaft in der Volleinzahlung der Geschäftsanteile (§ 7 GenG. in der Fassung v. 20. Mai 1898, RGBl. 810), und nach Eröffnung des Konkurses zum Vermögen der Gesellschaft in der Leistung von Nachschüssen bis zum Betrage der satzungmäßigen Haftsumme zur Deckung des vom Konk.-Verwalter bilanzmäßig nachgewiesenen Fehlbetrags (§§ 105. 140 a. a. O.; RGEntsch. 85, S. 209, in SeuffA. 70 Nr. 88). Eine Verpflichtung, zur Abwendung des Konkurses Teilzahlungen auf die Haftsumme zu leisten, kann durch Beschluß der Vollversammlung nicht geschaffen werden, da die Haftsumme für den Fall des Konkurses un-

verkürzt dem Konk.-Verwalter und den Gläubigern zur Verfügung stehen muß;

Parisius-Krüger GenG. Anm. 4 zu § 6 S. 81; Anm. 31 ff. zu § 7 S. 103; Vorbem. vor den §§ 98 ff. S. 458.

Nach der älteren Fassung des Gesetzes (RGBl. 1868, 427) war im Fall der Überschuldung den Liquidatoren zur Pflicht gemacht, eine Vollversammlung der Genossenschafter einzuberufen und zum Antrage auf Konk.-Eröffnung eine Frist von acht Tagen seit dieser Versammlung gegeben, binnen deren die Genossenschafter zur Abwendung des Konkurses den Fehlbetrag bar einzahlen konnten. Diese Vorschrift ist bei der Feststellung des jetzt geltenden Gesetzestextes entgegen den Anträgen von Schulze-Delitzsch auf gesetzliche Regelung des Nachschußverfahrens zur Abwendung des Konkurses,

Drucks. des RT. 1876 Nr. 40 S. 559 ff.; 1877 Nr. 41 S. 229 ff.; 1881 Nr. 107 S. 634. 636. 641,

gemäß dem Regierungsentwurf v. 27. Nov. 1888 (Drucks. 1888/89 S. 183 ff.) gestrichen und durch § 99, § 140 des Gesetzes ersetzt worden, wonach der Antrag auf Konk.-Eröffnung ohne Zögern gestellt werden muß, „sobald“ Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt; der Antrag darf mithin auch zum Zweck eines Umlegeverfahrens nicht aufgeschoben werden. Die besondere Begründung des Entwurfs vom Jahre 1888 (Drucks. Nr. 28 S. 238) ergibt, daß man dabei die Möglichkeit, durch ein Nachschußverfahren die für die Genossenschafter mit dem Konkurse verbundenen Nachteile zu vermeiden, keineswegs übersehen hat. Man hat aber erwogen, daß der Erfolg des Nachschußverfahrens ungewiß bleibe und im Fall des Mißlingens sich der Sachstand nur verschlimmere, aber auch im Fall des Gelingens die Lage sowohl der Genossenschafter als auch der Gläubiger der Genossenschaft gefährdet bleibe, und deshalb für nötig erachtet, ein Nachschußverfahren zur Abwendung des Konkurses zu verbieten.

Ob etwa durch einstimmigen Beschluß aller Mitglieder die Aufbringung des Fehlbetrags als freiwillige Zuwendung an die Genossenschaft unbeschadet des unverkürzten Fortbestandes der Haftsumme eines jeden Genossen erfolgen kann (was die Begründung des Entwurfs vom Jahre 1888 a. a. O. S. 238 dahingestellt sein läßt), braucht im vorliegenden Fall nicht erörtert zu werden, da sich unstreitig von 332 nur 90 Genossenschafter an der Beschlußfassung beteiligt haben. Es ist daher auch belanglos, daß die in der Vollversammlung erschienenen Genossenschafter bis auf einen sämtlich der Einziehung der Nachschüsse zugestimmt haben, und daß dieser eine nachträglich seinen Widerspruch zurückgezogen haben soll. Wenn die Mehrzahl der Genossenschafter nachträglich freiwillig gezahlt hat, so ist dies keinesfalls geeignet, eine Zahlungspflicht des Beklagten zu begründen. Da der Beklagte, der durch seinen Bevollmächtigten der Erhebung der Nachschüsse zugestimmt hat, nur einem alle Genossenschafter bindenden Vollversammlungsbeschlusse hat zu-

stimmen wollen, läßt sich nicht feststellen, daß er bei Kenntnis der Nichtigkeit dieses Beschlusses sich wenigstens für seine Person zur Leistung eines Nachschusses an die Genossenschaft habe verpflichten wollen. Vielmehr muß als erwiesen gelten, daß er das nicht gewollt hat, da ja seine Leistung allein den beabsichtigten Erfolg, die Abwendung des Konkurses, offensichtlich nicht herbeiführen konnte. Eine Erhöhung der Geschäftsanteile, die zur Deckung der Verluste grundsätzlich zulässig ist,

RGEntsch. 72, 236; JW. 1910, 40[64]; vgl. auch SeuffA. 63 Nr. 18 und OLGRspr. 24, 354,

konnte im vorliegenden Fall nicht mehr beschlossen werden, weil schon die Liquidation eingeleitet war, also bloß noch die Deckung des vorhandenen Fehlbetrages in Frage kam. Der vorliegende Beschluß hat sich denn auch darauf beschränkt (unzulässigerweise), die Zahlung eines Teiles der Haftsumme der Genossen anzuordnen.

Endlich kann zur Begründung der Klageforderung der § 30 Satz 2 der Genossenschaftssatzungen schon deshalb nicht herangezogen werden, weil dort nur die Volleinzahlung der Geschäftsanteile geregelt wird, um die es sich im vorliegenden Fall unstreitig garnicht handelt. Eine dem Gesetze zuwiderlaufende Nachschußpflicht könnte auch durch die Satzungen nicht begründet werden (Kammergericht in RJA. 8, 206). — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) M. Genossenschafts-B. w. R. 1 O. 6/17. —e—.

---

198. Gesellschaft m. b. H.; Voraussetzungen der Ausfallshaftung eines ausgeschlossenen Gesellschafters.

GmbHG. §§ 21 ff.

Der Kläger nahm als Konk.-Verwalter der in Konkurs befindlichen Nitrierstoffwerke O., einer Gesellschaft m. b. H., die Beklagte auf Zahlung eines noch von der Stammeinlage ausstehenden Betrages in Höhe von 13953,65 ℳ in Anspruch, und zwar auf Grund der nach § 21 Abs. 3 GmbHG. einem ausgeschlossenen Gesellschafter gegenüber geregelten Ausfallshaftung. Die Klage wurde abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Mit der vorliegenden Klage macht der Konk.-Verwalter zum Vermögen der Gesellschaft m. b. H. gegen einen früheren Gesellschafter den Anspruch auf Nachzahlung der Stammeinlage geltend. Dieser Anspruch ist sehr wohl von demjenigen zu unterscheiden, durch den die Beitragspflicht zur Stammeinlage gegen einen der Gesellschaft noch angehörenden Gesellschafter verfolgt wird. Die Geltendmachung des Anspruchs, der hier zur Entscheidung gestellt ist, regelt sich nach den Vorschriften des § 21 Abs. 3 GmbHG. und wird im

Gegensatz zu der gewöhnlichen Beitragspflicht als Ausfallshaftung bezeichnet. Die Geltendmachung dieser Ausfallshaftung ist an bestimmte Förmlichkeiten geknüpft. Der bisherige Gesellschafter muß seiner Beitragspflicht zur Stammeinlage nicht Genüge geleistet haben, er muß in den Formen des § 21 GmbHG. ausgeschlossen sein und der rückständige Betrag weder von seinem Rechtsvorgänger im Erwerbe des Geschäftsanteils noch durch Verkauf des Geschäftsanteils zu erlangen gewesen sein.

Die Beklagte rügt zunächst die Nichtbeobachtung der formellen Voraussetzungen des Kaduzierungsverfahrens, indem sie die Nichteinhaltung der im § 21 bestimmten Fristen behauptet. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. — — —

Das Gericht sieht daher zwar die zur Geltendmachung der Ausfallshaftung erforderliche Voraussetzung eines wirksamen Kaduzierungsverfahrens als beobachtet an, tritt aber darin den Ausführungen des Landgerichts bei, daß die weiteren Voraussetzungen der gemäß § 21 Abs. 3 erfolgenden Einforderung nicht erfüllt sind. Das Gesetz bezeichnet die Haftung des ausgeschlossenen Gesellschafters ausdrücklich als eine solche „wegen des Ausfalls". Der Begriff jeder Ausfallshaftung setzt voraus, daß es sich um die Geltendmachung einer subsidiären Haftung handelt, welche erst dann Platz greifen soll, wenn die Inanspruchnahme andrer Personen, welche für den Betrag schuldnerisch verpflichtet sind, oder wenn die Verwertung des Geschäftsanteils selbst im Wege einer öffentlichen Versteigerung zu einem Ergebnisse nicht geführt hat. Dem Landgericht ist darin beizustimmen, daß der Kläger die Tatsache des Ausfalls nicht genügend bewiesen hat. Gerade die Ausfallshaftung setzt streng zu nehmende Anforderungen an den zu führenden Beweis eines Ausfalls voraus. Der Rechtsvorgänger des Beklagten, T., welcher als Zeuge vereidigt ist, gibt selbst zu, daß er nicht mittellos ist, und bezieht sich darauf, daß er im Fall seiner Inanspruchnahme sich bei seinen Hinterleuten, die ihn für den Erwerb des Geschäftsanteils zum Treuhänder bestellt hätten, erholen könne. Wenn der Kläger behauptet, es käme für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit eines Rechtsvorgängers nicht der Zeitpunkt der Klagerhebung gegen den ausgeschlossenen Gesellschafter, sondern derjenige der Einleitung des Kaduzierungsverfahrens in Betracht und dementsprechend seinen Beweisantrag formuliert, so ist diese Auffassung abwegig. Das Gesetz schreibt für die Geltendmachung der Ausfallshaftung die Beobachtung einer gewissen Reihenfolge für die Handlungen der Gesellschaft vor. Indem die Versteigerung des Geschäftsanteils erst nach erfolgloser Durchführung der Inanspruchnahme von Rechtsvorgängern der Beklagten zulässig ist (§ 23) und anderseits der Rückgriff auf die Rechtsvorgänger erst nach Abschluß des Kaduzierungsverfahrens erlaubt ist, kann jedenfalls für die Feststellung der Mittellosigkeit des Rechtsvorgängers nicht der Zeitpunkt des Kaduzierungsverfahrens, sondern muß ein späterer Zeitpunkt in Betracht kommen. Da ein

„Ausfall" im Urteil gegen den ausgeschlossenen Gesellschafter festgestellt werden muß, ist es notwendig, daß ein der Urteilsfällung möglichst nahe liegender Zeitpunkt der Feststellung der Vermögenslosigkeit des Rechtsvorgängers zugrunde zu legen ist, und jedenfalls kann sich ein Gesellschafter noch in jedem Stadium des gegen ihn eingeleiteten Prozesses darauf berufen, der Ausfall stehe zurzeit noch nicht fest, wenn begründete Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß sein Rechtsvorgänger zurzeit noch zahlungsfähig sei. Solche Anhaltspunkte sind aber hier, wie das Landgericht ausführt, vorhanden und müssen vom Kläger in zweifelsfreier Weise widerlegt sein, wenn er den Anspruch auf § 23 Abs. 3 stützen will. Die im § 22 Abs. 2 erwähnte Beweisvermutung kann er nicht zu seinen Gunsten anführen, da sie nur für die Haftung des früheren Rechtsvorgängers Platz greift.

Nach alledem war die Berufung zu verwerfen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 4. Mai 1917. Konk. O. (Kl.) w. D. Bf. IV. 412/16. Gr.

---

199. Untersuchung und Mängelrüge, wenn die Ware in verschiedenen Teilen nacheinander geliefert wird.

HGB. § 377.

Wie der Sachverständige G. bekundet, sind die von der Klägerin gelieferten Mantel- und Kochgeschirr-Riemen, namentlich auch hinsichtlich der Näharbeit, so mangelhaft ausgefallen, daß die Beklagte sie der Klägerin mit Recht zur Verfügung stellen konnte. Die Klägerin bestreitet das in dieser Instanz auch nicht mehr. Die Entscheidung hängt demnach lediglich davon ab, ob die Beklagte rechtzeitig gerügt hat. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Landgerichts zu bejahen. Darnach hält auch das Ber.-Gericht zwar für unbewiesen, daß die Beklagte hinsichtlich jeder einzelnen der in der Zeit vom 28. November bis zum 8. Dezember erfolgten Teilsendungen Widerspruch erhoben habe; es ist aber mit dem Vorderrichter der Ansicht, daß die nach Beendigung der Teillieferungen mittels Schreibens v. 10. Dezember ausgesprochene Mängelrüge rechtzeitig gewesen sei.

Die Entscheidungsgründe des Landgerichts gehen zurück auf eine in RGEntsch. 43, 65 abgedruckte Entscheidung des Reichsgerichts. Der dort entschiedene Fall lag freilich insofern anders als der hier vorliegende, als dort beim Vertragschluß, der sich auf die Lieferung von 20000 Albums mit Ansichten einer bevorstehenden Ausstellung bezog, nicht davon die Rede gewesen war, daß die Lieferung in Teilsendungen erfolgen sollte. Hier aber war allerdings von vornherein in Aussicht genommen, daß die Klägerin die 10000 Mantel- und 5000 Kochgeschirr-Riemen in gewissen Teilmengen zur Ablieferung bringen sollte. Denn wenn sie auch die ganzen Posten innerhalb einer vom

27. November ab laufenden Nachfrist von 8 Tagen zu liefern hatte, so sollte sie doch „spätestens am Sonnabend früh", d. h. am 28. November „mit der Lieferung beginnen"; sie war also berechtigt, der Beklagten so, wie sie es getan hat, je nach Fertigstellung der Riemen größere oder kleinere Mengen zuzusenden, bis spätestens bei Ablauf der Nachfrist der ganze Posten geliefert sein mußte.

Trotz dieser nicht zu verkennenden Verschiedenheit beider Tatbestände ist auch für den vorliegenden Fall daran festzuhalten, daß es sich bei den verschiedenen Teillieferungen nicht um eine Reihe selbständiger Erfüllungsgeschäfte gehandelt hat. Es waren Lieferungen, die auf einer von der Beklagten zu Recht erfolgten Nachfristsetzung innerhalb einer Frist von wenigen Tagen zu erfolgen hatten. Der Umfang der einzelnen Teilsendungen war nicht festgelegt, sondern bestimmte sich lediglich darnach, wieviel von der Klägerin fertiggestellt und nach und nach zur Ablieferung gebracht werden konnte, und so sind denn auch in der Tat Teilsendungen von ganz verschiedener Größe erfolgt. Und endlich handelte es sich um eine Ware, bei der infolge ihrer Massenherstellung mit gewissen Unterschieden im Ausfall der einzelnen Lieferungen von vornherein zu rechnen war; erst aus dem Gesamteindruck über die vollständige Lieferung konnte daher ein zuverlässiges Urteil darüber gewonnen werden, ob die bei den einzelnen Sendungen vorgefundenen Mängel gegenüber der Gesamtmenge so geringfügig waren, daß die Ware im ganzen noch als empfangbar gelten mußte.

Hiernach hat die Beklagte, wie das Ber.-Gericht überzeugt ist, ohne Fahrlässigkeit angenommen, daß es sich bei den einzelnen Teilsendungen, in denen die mit der Erfüllung des Vertrages säumig gewesene Klägerin auf Grund der ihr bewilligten Nachfrist die Riemen zur Ablieferung brachte, nicht um eine Reihe selbständiger Erfüllungsgeschäfte gehandelt hat, bei denen sie die etwaigen Mängel jeder Lieferung selbständig hätte rügen müssen. Diese Überzeugung wird auch dadurch nicht erschüttert, daß die Beklagte im Rechtsstreit den Standpunkt hat vertreten lassen, auch die einzelnen Teilsendungen seien jedesmal sofort durch Fernsprecher beanstandet worden. Daß aber auch die Klägerin die Sache derzeit so angesehen hat, ergibt sich für das Ber.-Gericht daraus, daß sie erst bei der letzten Sendung v. 8. Dezember ihrer Begleitnote den handschriftlichen Vermerk „Rein netto, sof. Kasse" hinzufügte. Darin kommt zum Ausdruck, daß auch nach Auffassung der Klägerin die einzelnen Sendungen keinen selbständigen Charakter hatten, und daß, wie erst nach Ablieferung des Gesamtpostens die ursprüngliche Vertragsklausel „rein netto, sof. Kasse" Bedeutung gewann, so auch erst zu diesem Zeitpunkt die Beklagte die Ware zu untersuchen und etwaige Mängel zu rügen hatte. Von Bedeutung ist hierbei auch, daß erst am 21. Dezember, nachdem man bereits über die sachliche Berechtigung der erhobenen Mängelrüge hin und her geschrieben hatte, die Klägerin mit dem Einwand hervortrat,

daß die Mängelrüge v. 10. Dezember verspätet sei und Beklagte bei jeder einzelnen Teilsendung unverzüglich etwaige Mängel hätte rügen müssen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 31. Jan. 1917. R. K. w. R. & Co. u. Gen. Bf. V. 300/16. Nö.

---

200. Kann bei Nichtzahlung eines zahlunghalber empfangenen und weitergegebenen Wechsels der Empfänger gegen den Aussteller auf das alte Schuldverhältnis zurückgreifen?

Vgl. 56 Nr. 10 m. N.
WO. §§ 44. 83.

Die Klägerin hatte unstreitig auf den Kaufpreis von zusammen 1040,28 ℳ für die der Beklagten im März 1914 gelieferten Waren ein am 1. Sept. 1914 fälliges Akzept des Gärtnereibesitzers K. in G. über 700 ℳ, das die Beklagte an eigene Ordre ausgestellt und auf die Klägerin giriert hatte, zahlunghalber angenommen. Dieser Wechsel befand sich zur Zeit der Fälligkeit in der Hand der Firma C. T. L. & Co. in B., an die ihn die Klägerin weitergiriert hatte, war aber von dieser Firma ohne Protesterhebung i. J. 1915 der Klägerin zurückgegeben worden, die ihn zu den Akten überreichte, also noch besaß. Die Beklagte verweigerte die Bezahlung des eingeklagten Kaufpreisrestes von 700 ℳ unter Bezugnahme darauf, daß sie zur Zahlung nur gegen die der Klägerin unmögliche Rückgabe des Wechsels mit einer Protesturkunde verpflichtet sei. Das Landgericht wies die Klage in Beachtung dieses Einwandes mit der Erwägung ab, daß die Klägerin auf die ursprüngliche Forderung nicht zurückgreifen dürfe, weil sie der Beklagten den Wechsel mangels seiner Protestierung nicht „intakt" zurückgeben könne. Das Oberlandesgericht verurteilte dagegen antraggemäß mit folgender Begründung:

„Der Verkäufer, der einen Wechsel auf eine Kaufpreisforderung in Zahlung nimmt, hat die Verpflichtung, zunächst aus dem Wechsel Befriedigung zu suchen. Auf die Kaufpreisforderung kann er nicht zurückgreifen, wenn er die Wechselvaluta behalten oder den Wechsel seinem Geber nicht so zurückgeben kann, daß dieser gegen die daraus verpflichteten Personen vorzugehen in der Lage ist (Staub WO. Art. 83 Anm. 26. 28. 29).

Vorliegendenfalls hat die Klägerin den Wechsel durch Weiterbegebung verwertet, und sie war, da sie den Protest nicht erlassen hat, als Indossantin zur Einlösung des nicht protestierten Wechsels von ihrem Nachmanne, der ihn zur Zeit der Fälligkeit inne hatte, kraft Wechselrechts nicht verpflichtet (Art. 41. 42 WO.). Hieraus folgt indes nicht, daß sie die Wechselvaluta behalten darf und daher aus dem Wechsel eine Deckung erlangt hat, die ihr nicht wieder entrissen werden kann. Sie hat den Wechsel annehmbar zahlunghalber weiterbegeben und muß sich deshalb den Rückgriff ihres Indossatars aus dem der Wechselbegebung unterliegenden Rechtsverhältnisse gefallen lassen, weil

dieser aus dem Akzept keine Befriedigung erlangt hat. Der Akzeptant K. ist nicht nur jetzt zahlungsunfähig und bereits im März 1915 gewesen, wie die Beklagte zugibt, sondern er war auch schon zur Zeit der Fälligkeit am 1. Sept. 1914 zur Einlösung des Wechsels außerstande. Ob die Firma C. T. L. & Co. den Wechsel nicht nur nicht protestiert, sondern, wie die Beklagte neuerdings behauptet, auch nicht präsentiert hat, ist bei dieser Sachlage unerheblich; sie würde, auch wenn sie den Wechsel zur Zahlung vorgelegt hätte, die Wechselsumme nicht erlangt haben. — — — Die Klägerin konnte dem Verlangen ihres Nachmannes nach Zahlung des Betrages, für den sie ihm den Wechsel zahlunghalber begeben hatte, unter diesen Umständen auch nicht unter Hinweis auf die Präjudizierung des Wechsels entgegentreten, weil sie dadurch keinen Schaden erleidet, daß sie den Wechsel nicht „intakt" zurückerhält und daher auch nicht ihrem Geber mit Protesturkunde zurückgeben kann. Denn sie kann sich Befriedigung aus der unterliegenden Kaufpreisforderung auch ohne den Wechselanspruch von ihrem Vormann, der Beklagten, verschaffen, weil sie dieser den zahlunghalber angenommenen, vom Akzeptanten nicht eingelösten Wechsel in einem Zustande zurückgeben kann, der dieser das Vorgehen gegen den Akzeptanten als die einzige ihr gegenüber aus dem Wechsel verpflichtete Person nicht nur aus dem Wechsel sondern auch aus dem der Wechselannahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse gestattet. Zur Erhaltung des Wechselrechts der Beklagten als Ausstellerin gegen den Akzeptanten war die Protesterhebung des nicht domizilierten Wechsels nicht notwendig (Art. 44. 43. 23 WO.). Die Beklagte kann also den Wechsel, der gegen den Akzeptanten auch noch nicht verjährt ist (Art. 77 WO.), auch ohne Protesturkunde geltend machen (vgl. Staub WO. Art. 83 Anm. 29). Konnte sich die Klägerin unter diesen Umständen der Rücknahme des Wechsels nicht entziehen, obschon ihr Nachmann ohne ihr Verschulden die Protesterhebung versäumt hat, so kann es ihr auch nicht zum Vorwurf gereichen, daß sie dessen Klage nicht abgewartet, sondern den Wechsel freiwillig zurückgenommen hat. — — —

Aus den vorstehenden Feststellungen erhellt des weiteren schon, daß die Klägerin den Wechsel nach der ihr erlaubten Durchstreichung ihres und ihrer Nachmänner Indossamente (Art. 55 WO.) der Beklagten so zurückgeben kann, daß diese als Ausstellerin und Remittentin, der gegenüber der Akzeptant als einzige aus dem Wechsel verpflichtete Person in Frage kommt (Art. 4. 6. 23 WO.), den Wechsel auch ohne Protest gegen K. geltend machen kann, weil sie hierzu einen Protest nicht braucht. Für sie ist der Wechsel also trotz Unterlassung der Protesterhebung „intakt". Sie ist zwar kraft Wechselrechts zur Einlösung des nicht protestierten Wechsels der Klägerin gegenüber nicht verpflichtet, muß sich aber den Rückgriff der Klägerin auf die unterliegende Forderung gefallen lassen, weil sie durch die Unterlassung der Protestierung des zahlunghalber gegebenen, aber bei den Verhältnissen des Akzeptanten

als Zahlungsmittel untauglichen Wechsels aus den angegebenen Gründen keinen Schaden erleidet. Sie kann nicht nur aus dem nicht eingelösten Wechsel sondern auch aus dem unterliegenden Schuldverhältnisse gegen K. vorgehen (Staub Art. 83 WO. Anm. 27). Sie braucht sich zwar das Zurückgehen der Klägerin auf den der Wechselbegebung zugrunde liegenden Kaufvertrag nur gegen Rückgabe des Wechsels gefallen zu lassen; die Klägerin ist aber zur Rückgabe imstande und hierzu auch bereit.

Auch aus dem Umstande, daß die Klägerin erst im Februar oder März 1915 nach Rücknahme des Wechsels von ihrem Nachmanne die Bezahlung des ungetilgten Kaufpreises unter Bezugnahme auf die Nichteinlösung des Zahlunghalber angenommenen Wechsels durch den Akzeptanten verlangt hat, kann die Beklagte keinen Einwand herleiten, weil sie dadurch keinen Schaden erlitten hat. Nach den dargelegten Verhältnissen des Akzeptanten ist nicht anzunehmen, daß sie von diesem Befriedigung erlangt hätte, wenn sie den Wechsel alsbald nach Verfall gegen ihn geltend gemacht hätte. — — —

Kann die Beklagte nach diesen Erwägungen die Folgen der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit K.s, die die Befriedigung der Klägerin aus dessen Akzept ohne ihr Verschulden verhindert hat, nicht auf die Klägerin abwälzen, so ist sie in Beachtung des Rechtsmittels der Klägerin gemäß der Klagbitte zu verurteilen."

Urteil des OLG. zu Dresden (4. Sen.) v. 29. Febr. 1916 i. S. Fr. & Gl. w. H. & Co. 4 O. 240/15. F—ch.

---

201. Inwieweit genießen „geflügelte Worte" urheberrechtlichen Schutz?

LitUrhG. 41.

Durch Vertrag mit Wilhelm Busch in Wiedensahl hat die B.sche Verlagsbuchhandlung dessen bei ihr erschienene, seither auf gemeinschaftliche Rechnung mit dem Verfasser vertriebene Werke mit allem Zubehör zu unumschränktem Verlagsbetrieb übertragen erhalten. Zu den vom Vertrag umfaßten Werken gehört auch das Gedicht „Die fromme Helene". Die Likörfabrik K. & Cie. stellt einen Likör her, den sie „Fromme Helene" nennt. Er wird in Originalflaschen und in Miniaturflaschen vertrieben, die mit einer farbigen dreieckigen Papieretikette versehen sind, in deren Mitte eine derartige Flasche abgebildet ist; an den beiden Seiten steht mit größeren Buchstaben „Fromme Helene" und darunter in zwei Zeilen mit kleinen Buchstaben „Es ist ein Brauch von alters her, wer Sorgen hat, hat auch Likör! Busch." Die Likörfabrik R. hatte solchen Likör bezogen, stellte ihn in den beschriebenen Flaschen in ihren Verkaufsstellen aus und brachte ihn so zum Verkauf. Die B.sche Verlagsbuchhandlung erblickte in der Wiedergabe des aus dem Gedicht „Die fromme Helene" entnommenen Verses eine Verletzung der auf sie übergegangenen Urheberrechte an diesem Werke und klagte mit dem Antrag, den Verkauf

und die Ausstellung von Likörflaschen mit solcher Aufschrift zu verbieten. — In 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Aus den Gründen:

„Vorauszuschicken ist, daß die Verwertung des Buchtitels „Fromme Helene" als Likörname und Bestandteil des Warenzeichens nicht Gegenstand des Rechtsstreits ist. Die Klage richtet sich nur gegen die Verwendung der zwei Verszeilen.

Daß das Gedicht „Die fromme Helene", aus dem sie entnommen sind, ein nach Maßgabe des § 1 Nr. 1 LitUrhG. urheberrechtlich geschütztes Schriftwerk ist und daß die Schutzfrist noch läuft, steht außer Streit.

— — — — Die Klägerin hat das Verlagsrecht (im subjektiven Sinn) an den Werken von Wilhelm Busch, darunter auch an dem Gedicht „Die fromme Helene" erhalten, nämlich das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und gewerbmäßigen Verbreitung jener Werke. Zum Schutz ihres Verlagsrechts hat die Klägerin dieselben Befugnisse, die zum Schutz des Urheberrechts vom Gesetze gewährt sind. Welches diese Befugnisse sind, bestimmt sich nach dem LitUrhGes. von 1901, das nach § 62 insoweit auch auf die vor seinem Inkrafttreten entstandenen Werke Anwendung findet. Der Urheber hat gegen denjenigen, der sein ausschließliches Recht zur Vervielfältigung und gewerbmäßigen Verbreitung des geschützten Werkes verletzt, anerkanntermaßen die im Gesetz allerdings nicht erwähnte Unterlassungsklage, die nur objektive Widerrechtlichkeit voraussetzt. Dieselbe Klage steht daher auch der Klägerin gegenüber einer Störung ihres Verlagsrechts zu, und zwar ohne weiteres. Das Klagerecht des Verlegers ist von der Behauptung und dem Nachweis einer Vermögensschädigung oder Vermögensgefährdung nicht abhängig. Für die Entscheidung des Rechtsstreits kommt es sohin nur darauf an, ob die Wiedergabe des Verses auf den Likörflaschen der Nebenintervenientin sich als unzulässige Vervielfältigung eines Teiles des Gedichts „Die fromme Helene" darstellt (§ 41 Lit. UrhG.). Nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vervielfältigung bestimmt sich im vorliegenden Fall auch die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Verbreitung.

Für den Begriff der Vervielfältigung ist die Art und die Bestimmung des zur Wiedergabe dienenden Gegenstandes gleichgültig (s. Allfeld Komm. § 15 Bem. 2a). Es macht daher begrifflich nichts aus, daß der Vers nicht in einem Schriftwerk, sondern auf einem Gebrauchsgegenstand wiedergegeben ist.

Auf § 13 LitUrhG. läßt sich die Zulässigkeit der Vervielfältigung des Verses nicht stützen. Denn eine „freie" Benutzung, wie sie § 13 zur Voraussetzung hat, steht hier jedenfalls nicht in Frage.

Das Landgericht stellt ausschließlich auf die gewerbmäßige Verbreitung ab und führt aus, auch die Verwertung kleinster Teile aus fremden Geisteswerken sei nur in den durch das Gesetz vorgesehenen Ausnahmefällen zulässig; ausschlaggebend sei, ob in dem Teil die Eigenart des Werkes sich offenbare

und ob die Entnahme „animo citandi“ oder „animo spoliandi“ geschehen sei. Auch die Verwertung sog. geflügelter Worte sei nicht anders zu beurteilen. Der entlehnte Vers sei ein besonders charakteristischer Teil des ganzen Gedichts und ein sogar hervorstechend typischer „Schlager“ echt Buschschen Humors. Es liege daher eine unbefugte Ausbeutung des geschützten Werkes vor. Diese Ausführungen erregen nach mehrfacher Richtung Bedenken. Zunächst stehen sie, wie das Landgericht selbst anerkennt, im Widerspruch mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dieses nimmt einen teilweisen Nachdruck im zivil- und strafrechtlichen Sinne nur dann an, wenn ein irgendwie erheblicher Teil des geschützten Schriftwerks vervielfältigt worden ist, und bemißt die Erheblichkeit nach dem quantitativen und qualitativen Verhältnis des Teils zu dem ganzen Werk (Daude LitUG. § 41 S. 97; Voigtländer u. Fuchs LitUG. § 41 S. 197). Man wird allerdings Birkmeyer (DJZ. 1903, 256) darin beipflichten müssen, daß bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nicht schablonenhaft verfahren werden darf und daß behufs Feststellung des Zwecks der Entlehnung auch auf das quantitative und qualitative Verhältnis des entlehnten Teils zu dem Werk des Entlehners zu sehen ist. Aber es besteht kein Grund, den vom Reichsgericht für erforderlich erachteten Maßstab der Verhältnismäßigkeit überhaupt preiszugeben. Die Ansicht des Landgerichts kann zu unannehmbaren Ergebnissen führen. Denn es läßt sich denken, daß in einem bestimmten Ausdruck, den ein Schriftsteller geprägt hat, die Eigenart seines Werkes mindestens in dem Maß sich offenbart wie in dem vorliegenden Vers die Eigenart des Gedichts, aus dem er entnommen ist. Man müßte dann in der Wiedergabe eines einzigen Wortes (z. B. Nietzsches „Herrenmoral“) einen teilweisen Nachdruck erblicken.

Was den Gegensatz zwischen dem „animus citandi“ und dem „animus spoliandi“ betrifft, so wird gerade dann, wenn die Wiedergabe nicht in einem Schriftwerk erfolgt, also von vornherein nicht den Zweck haben kann, zur Verdeckung mangelnder oder zur Ergänzung ungenügender eigener Geistestätigkeit zu dienen, die Vermutung dafür sprechen, daß die Wiedergabe eines an sich verschwindend kleinen Teiles aus einem fremden Werk lediglich mit dem animus citandi geschehen ist.

Der Satz vollends, den das Landgericht über die Verwertung sog. geflügelter Worte aufstellt, ist jedenfalls in seiner allgemeinen Fassung unhaltbar. Es gibt unbestreitbar „geflügelte Worte“ besonderer Art, seien es Stellen aus den Werken volkstümlicher Dichter oder Schriftsteller, seien es nicht in Schriftwerken niedergelegte Aussprüche bekannter Persönlichkeiten, die so allgemein verbreitet, so sehr in aller Leute Mund sind, daß sie sich von dem Werk, dem sie entstammen, von dem Urheber, der sie geschaffen, völlig losgelöst haben und zu einem gemeinsamen geistigen Besitz des ganzen Volkes geworden sind. Sie sind „typisch“, aber nicht oder doch nicht nur für ihren Schöpfer und sein Werk, sondern in dem Sinne eines allgemein gültigen,

allgemein gebrauchten, manchmal geradezu feststehenden Ausdrucks für gewisse Gedanken, Stimmungen, Lagen.

Auch der hier in Frage stehende Vers gehört zu den geflügelten Worten dieser Art. Weil und soweit sie bereits im allgemeinen Verkehr sind, muß bei ihnen das Recht des Urhebers, andre von der Vervielfältigung und Verbreitung auszuschließen, als gehemmt erachtet werden. Diese Beeinträchtigung des Urheberrechts und damit auch des Verlagsrechts fällt tatsächlich nicht sehr ins Gewicht, da es sich ja immer nur um einzelne Stellen ganz geringen Umfangs handelt, und ist gewissermaßen als der Preis anzusehen, der für die Volkstümlichkeit zu entrichten ist. Die Gewerbmäßigkeit der Verbreitung begründet in diesem Zusammenhang keinen Unterschied in der rechtlichen Beurteilung.

Anders wäre es, wenn eine mißbräuchliche Verwertung vorläge. Denn nur zugunsten des sinngemäßen Gebrauchs durch die Allgemeinheit, nicht zum Schutz einer Travestierung des Inhalts durch einen einzelnen ist die urheberrechtliche Ausschließungsbefugnis gehemmt. Eine Travestie liegt aber hier nicht vor. Angesichts des Inhalts des Verses und des ganzen Gedichts ist in der Anbringung der zwei Zeilen in dem Warenzeichen für eine Likörsorte eine Entstellung oder Herabwürdigung des Werkes nicht zu erblicken. Mit der Feststellung dieser Tatsache erledigt sich auch der Hinweis der Klägerin darauf, daß die Wiedergabe und Verbreitung dem Andenken des Dichters zuwider sei und zugleich die Erörterung der Frage, ob etwa eine Verletzung des persönlichkeitsrechtlichen Inhaltes des Urheberrechts gegeben und ob der Verleger zu ihrer Abwehr imstande sei.

Gemäß den vorstehenden Darlegungen stellt sich die Klage aus mehreren Gesichtspunkten als unbegründet dar und ist sohin unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen."

Urteil des OLG. zu München (1. Sen.) v. 22. Juni 1917. B. w. R. und K. & Cie. L. 571/16. F—z.

II. Verfahren.

202. Unzulässigkeit der Beschwerde gegen ein Kostenurteil nach vorangegangenem Teilurteil zur Hauptsache.

Vgl. 63 Nr. 97 und oben Nr. 184 m. N.

ZPO. § 99 Abs. 3.

Die Beklagte hat gegen das Urteil des Landgerichts v. 10. Dez. 1915 Berufung und gleichzeitig sofortige Beschwerde eingelegt. Nachdem sie inzwischen die Berufung zurückgezogen hat, ist noch über die Beschwerde zu entscheiden.

Das angefochtene Urteil hat nur über die Prozeßkosten entschieden, indem es diese der Beklagten auferlegt hat. Die Beklagte will das Urteil anfechten insoweit, als es ihr auch die Kosten auferlegt, welche durch Einklagung der Beträge, über die durch das Teilurteil des Landgerichts v. 22. Juni 1915 nicht erkannt ist, entstanden sind.

Nach § 99 Abs. 3 ZPO. kann eine Entscheidung über die Kosten nur dann mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist. Im vorliegenden Fall hat das Landgericht durch das Teilurteil v. 22. Juni 1915 wenigstens über einen Teil des Anspruchs in der Hauptsache entschieden; der Rest der Forderung ist dann ohne Sachentscheidung erledigt. Es kann dahingestellt bleiben, ob in einem solchen Fall die sofortige Beschwerde auch wegen der auf den ohne Entscheidung in der Hauptsache erledigten Teil der Forderung entfallenden Kosten überhaupt ausgeschlossen ist, da eine, wenn auch nur teilweise, Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist (so Gaupp-Stein ZPO.[10] zu § 99 Anm. VI. 2). Jedenfalls ist die Beschwerde dann unzulässig, wenn, wie hier, über die Kosten des durch Sachentscheidung erledigten Teils und des restlichen Anspruchs einheitlich entschieden ist, so daß zu einer anderen Verteilung der Kosten ein Eingehen auf die Sachentscheidung des Teilurteils erforderlich sein würde (RGEntsch. 55, 394; 59, 431; HansGZ. 1908 Bbl. Nr. 44).

Beschluß des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 5. Juni 1916. W. w. W. u. S. Bs. Z. IV. 66/16. Nö.

---

203. Schätzungseid über die Höhe des Anspruchs aus einer Feuerversicherung.

(Vgl. 63 Nr 264.)

ZPO. § 287; VersVG. § 82.

Der Kläger klagte gegen die Versicherungsgesellschaft auf Ersatz des erlittenen Brandschadens. Dieser wurde von den Sachverständigen auf 10142,35 ℳ festgestellt, der Kläger bezeichnete aber diese Schadenfeststellung als offenbar unbillig und forderte eine höhere Summe, die ihm in 1. Instanz zugesprochen wurde. Das Ber.-Gericht machte die Entscheidung von einem dem Kläger gemäß § 287 ZPO. auferlegten Schätzungseid abhängig. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht hat die Entscheidung des Rechtsstreits von einem gemäß § 287 ZPO. dem Kläger auferlegten Schätzungseide abhängig gemacht. Die Revision bestreitet die Anwendbarkeit des § 287; die Vorschrift betreffe nur Ansprüche auf Schadenersatz im gesetzlichen Sinn, der dem Kläger entstandene Brandschaden, für den er Ersatz begehre, sei aber kein Schaden i. S. des Gesetzes, es handle sich vielmehr um einen Anspruch auf Erfüllung eines Vertrages, des Versicherungsvertrags. Diesen Ausführungen läßt sich nicht beipflichten.

Allerdings hat der dem Kläger entstandene Schaden, also der durch den Brand verursachte Vermögensverlust, nicht aus sich allein kraft Gesetzes, sondern nur in Verbindung mit dem von den Parteien miteinander abgeschlossenen Versich.-Vertrag einen Ersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte zu erzeugen vermocht. Gleichwohl ist der geltend gemachte Anspruch ein Schadenersatzanspruch, als solcher wird der aus der Schadenversicherung beim Eintritt eines Schadenfalles hervorgehende Ersatzanspruch auch vom Gesetz über den Versich.-Vertrag bezeichnet. Die Vorschrift des § 287 ZPO. setzt ihrem Wortlaut nach lediglich voraus, daß unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe. Auf den Rechtsgrund, auf dem der Klageanspruch beruht, legt das Gesetz mithin kein Gewicht. Zu einer einschränkenden Auslegung des Gesetzes in dem von der Revision vertretenen Sinne ist kein Anlaß vorhanden. Der Zweck der Vorschrift erfordert vielmehr ihre Anwendung auch in Fällen der hier vorliegenden Art. Sie wurde, wie die Begründung des Entwurfs zu § 250 erwähnt, durch die Erfahrung veranlaßt, daß die in dem früheren Prozeßrecht an den Beweis eines Schadens gestellten Anforderungen Schädenprozesse zu besonders langwierigen und verwickelten Rechtsstreitigkeiten zu machen pflegten. Um diesen Übelständen abzuhelfen, hat es der Gesetzgeber für erforderlich erachtet, die Entscheidung der Fragen, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden sei, der freien Überzeugung des Gerichts zu überlassen. Diese Erwägungen sind lediglich praktischer Art und liegen auf prozessualem Gebiet. Sie treffen ganz unabhängig von dem Grunde des Klaganspruchs überall zu, wo zwischen den Parteien über die Entstehung oder die Höhe eines Schadens Streit besteht. Diese Voraussetzung aber ist im vorliegenden Falle gegeben.

Die von der Revision angezogenen Entscheidungen des Reichsgerichts (Entsch. 8, 220; 58, 35) schlagen nicht ein. Die erste derselben hat den Anspruch eines Freikuxberechtigten auf den Ausbeuteanteil an einem Bergwerk zum Gegenstand. Der Anspruch auf einen Anteil an der Bergwerksausbeute ist seiner Natur nach kein Schadenersatzanspruch, dies wird in der Begründung jener Entscheidung dargelegt, und weiter wird darin ausgeführt, die bloße Nichterfüllung einer Obligation erzeuge nicht ohne weiteres eine Interesseforderung, die Obligation bleibe bestehen und der Gläubiger könne aus dem ursprünglichen Verpflichtungsgrunde seinen Anspruch herleiten, aus der Verzögerung der Erfüllung könne aber nebenher ein besonderer Interesseanspruch wegen verzögerter Erfüllung erwachsen. In dem zweiten Rechtsfalle handelte es sich darum, den Wert eines mittels taxierter Police versicherten, durch Unfall untergegangenen Kahns zu dem Zweck zu ermitteln, um die Unterlage für die Beantwortung der Frage zu gewinnen, ob eine Überversicherung vorliege und ob der durch Vereinbarung der Parteien auf eine bestimmte Summe festgesetzte Versicherungswert bestehen bleiben könne. Aus

diesem Grunde hat in diesem Falle das Reichsgericht dahin entschieden, daß es sich nicht um die Feststellung eines Schadens oder Interesses, sondern um die Ermittelung des Wertes des Kahnrumpfs handle und deshalb § 287 ZPO. nicht zutreffe. In einem andern, dem jetzt vorliegenden Fall ähnlichen Streitfall hat anderseits das Reichsgericht die Frage, ob bei der Ermittelung der Höhe des Brandschadens nach § 259 (jetzt § 286) oder nach § 260 (jetzt § 287) ZPO. zu verfahren sei, zugunsten der Anwendung des § 260 (jetzt § 287) entschieden. Das entspricht auch der in der Literatur vorherrschenden Meinung. Hiernach erweisen sich die geltend gemachten Rev.-Angriffe als unbegründet. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 17. Nov. 1916. Prov. (Bkl.) w. W. (OLG. Frankfurt a. M.). VII. 258/16. Auch in RGEntsch. 89 Nr. 42 S. 190.

---

204. Umfang der Rechtskraft bei konkreter und bei abstrakter Berechnung des geltend gemachten Schadens.

ZPO. § 322.

Die Klägerin hatte in dem Vorprozesse der Parteien Schadenersatz wegen der unterbliebenen Lieferung von 200 Zentnern Kakaopulver begehrt und unter Zugrundelegung eines Marktpreises vom 9. Januar 1915 in Höhe von 195 ℳ für den Zentner einen Betrag von 1430 ℳ geltend gemacht. In diesem Vorprozesse war der Klage unter Abweisung der weitergehenden Ansprüche in Höhe von 430 ℳ entsprochen worden. Die Klägerin forderte in einem neuen Rechtsstreit unter Zugrundelegung eines Weiterverkaufs der Ware den entgangenen Gewinn in Höhe von 3400 ℳ. Unter Berücksichtigung des ihr im Vorprozesse zugebilligten Betrages von 430 ℳ beantragte sie Zahlung von 2970 ℳ. — In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Auf Berufung wurde dieses Urteil insoweit aufgehoben, als die Klägerin in Höhe von mehr als 1000 ℳ mit ihrer Klage abgewiesen worden war und der Anspruch der Klägerin im übrigen für begründet erklärt. Aus den Gründen:

„Bei der Geltendmachung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung kann der Gläubiger für die Berechnung seines Schadens entweder den Betrag geltend machen, den er als entgangenen Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit unter Zugrundelegung eines Marktpreises erwarten konnte (sog. abstrakte Schadensberechnung), oder er kann auch den Betrag verlangen, den er nach den besonderen Umständen im Hinblick auf ein bestimmtes Geschäft als Gewinn erwarten konnte (sog. konkrete Schadensberechnung). Wie das Landgericht zutreffend ausführt, handelt es sich in beiden Fällen um den Anspruch des Käufers auf Ersatz des ihm aus dem Unterbleiben der Lieferung erwachsenen Schadens. Wenn ein Gläubiger bei der Geltendmachung dieses Schadens von den beiden ihm zur Verfügung stehenden Be-

rechnungsarten die ihm zusagende auswählt und zum Gegenstand eines Rechtsstreits macht, so erwächst jedoch nur der in den Prozeß gezogene Anspruch in der von ihm beantragten Höhe in Rechtskraft. Indem es weiter als Rechtens angesehen werden kann,

so Urteil des Reichsgerichts v. 29. Mai 1906 in Holdheim 15, 256; Staub Erl. zu § 374 HGB. Anm. 59; auch Ritter Komm. z. HGB.,

daß ein Gläubiger von der einen Berechnungsart zu der andern übergehen darf, sei es wegen Mißlingens des Nachweises, sei es weil ihm die eine Berechnungsart nicht den vollen, von ihm mit Recht geltend zu machenden Schadensbetrag gewährt, so steht auch im gegenwärtigen Verfahren der Einwand der Rechtskraft nur insoweit entgegen, als der Schadenersatzanspruch bereits Gegenstand des Vorprozesses war. Die Klägerin braucht daher nur die aus dem Urteilsspruch gezogenen Rechtsfolgen, sei es die der rechtskräftigen Zuerkennung, sei es die der rechtskräftigen Aberkennung gegen sich gelten zu lassen (§ 322 ZPO.). Der Rechtskraft fähig geworden ist daher nur der auf Grund abstrakter Schadenersatzberechnung im Vorprozesse geltend gemachte Anspruch in Höhe von 1430 *M*. Indem das Urteil des Vorprozesses der Klägerin 430 *M* zuerkannte, den Betrag in Höhe von 1000 *M* aber absprach, kann die Klägerin unter Berücksichtigung dieser Tatsachen ihren weitergehenden, auf Grund der konkreten Berechnungsart geltend zu machenden Schaden verfolgen.

Das landgerichtliche Urteil unterlag daher der Aufhebung insoweit, als die Klägerin bei der Beantragung eines Schadens in Höhe von 2970 *M* in Höhe von mehr als 1000 *M* mit ihrer Klage abgewiesen war, übrigens war der Anspruch dem Grunde nach für berechtigt zu erklären und die Sache gemäß § 538³ ZPO. an das Gericht 1. Instanz zurückzuverweisen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 20. Juni 1917. A. G. w. C. & St. Bf. IV. 43/17. Nö.

---

205. Entlastung der Gerichte; Anwendbarkeit des Verweisungsverfahrens nach § 505 ZPO. auf das Verfahren vor dem Oberlandesgerichte.

ZPO. § 505; § 27 EntlastungsVO. v. 9. Sept. 1915 (RGBl. 562).

Der in München wohnende Kläger erhob zum Landgericht München I gegen die Firma K., die in G., einer Stadt Württembergs, ihren Sitz hat, Klage auf Einwilligung in die Wandelung eines Vertrages über die Ausführung einer Zentralheizungsanlage durch die Beklagte und auf Rückzahlung des Kaufpreises. Die Beklagte machte die Einrede der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts geltend. Diese Einrede wurde durch Zwischenurteil des Landgerichts verworfen, auf die Berufung der Beklagten jedoch wurde der Rechtsstreit wegen Unzuständigkeit des Landgerichts München I an das

zuständige württembergische Landgericht verwiesen, der Ausspruch im Kostenpunkt aber dem weiteren Verfahren vorbehalten. — In den Gründen des Ber.-Urteils wird zunächst dargelegt, daß der Ort, wo die verklagte Firma ihren Sitz hat, als der für alle sich aus dem Vertrage ergebenden Verpflichtungen vereinbarte Erfüllungsort anzusehen sei, daher auch für die Wandelung des Vertrags, und daß daher das angefochtene Urteil nicht gerechtfertigt sei und aufgehoben werden müsse. Sodann wird weiter ausgeführt:

„Die Klage ist jedoch wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts nicht abzuweisen, vielmehr ist der § 27 VO. zur Entlastung der Gerichte v. 9. Sept. 1915 (RGBl. 562) anzuwenden. Es ist allerdings streitig, ob § 505 ZPO. auch für die Ber.-Instanz, insbesondere für das Oberlandesgericht, gilt;

vgl. Wassermann-Erlanger Kriegsges.[3] 106; Güthe-Schlegelberger Kriegsbuch[2] 519; LeipzZ. 1912, 415 Nr. 2; Neumiller in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1915, 317 Nr. 5 a. E.

Das Gericht erachtet den § 505 ZPO. auch im Verfahren vor den Oberlandesgerichten in der Ber.-Instanz für entsprechend anwendbar. Der § 27 a. a. O. sagt, daß die Vorschrift des § 505 ZPO. im Verfahren vor den Landgerichten entsprechende Anwendung findet. Hierdurch werden im Wege eines Sondergesetzes die übrigen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung — insoweit sie hiermit nicht im Einklang stehen — entsprechend geändert. Nach § 523 ZPO. finden auf das Verfahren in der Ber.-Instanz die in 1. Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem 1. Abschnitt des 3. Buchs der Zivilprozeßordnung Abweichungen ergeben. Solche Abweichungen gehen für den vorliegenden Fall aus den Bestimmungen dieses Abschnitts nicht hervor. Daher ist § 505 ZPO. dadurch, daß er in dem Verfahren vor den Landgerichten anzuwenden ist, eben deswegen auch in der Ber.-Instanz, und zwar auch vor den Oberlandesgerichten anwendbar, insbesondere sind hierdurch die §§ 275. 276 ZPO. ebenso wie für das Verfahren vor den Landgerichten so auch für das Ber.-Verfahren entsprechend geändert worden; ein ausdrücklicher Ausspruch hierüber war nicht notwendig (s. Seuffert EntlastgsVO. Bem. 2 u. 3 zu § 27). Wenn der § 27 Satz 1 der VO. vom Verfahren vor den Landgerichten spricht, so unterscheidet er nicht zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen landgerichtlichen Verfahren, ebensowenig wie Satz 2 eine solche Unterscheidung ersehen läßt. Auch besteht kein innerer Grund, weshalb die Ausdehnung des § 505 ZPO. mit seinem auf die Vereinfachung, Verkürzung und Verbilligung des Verfahrens gerichteten Zweck für das Verfahren in der Ber.-Instanz nicht ebenso gelten sollte wie für die 1. Instanz.

Hiernach war der Rechtsstreit wegen Unzuständigkeit des Landgerichts München I durch die Entscheidung, die sich insoweit als Beschluß darstellt, an das zuständige Landgericht X., zu dessen Bezirk G. gehört, zu verweisen.

Über die Kosten der 1. und 2. Instanz ist nicht zu entscheiden. Der Ausspruch hierüber bleibt dem späteren Urteil vorbehalten (§ 505 Abs. 3 ZPO.,

§ 27 Satz 2 BO. v. 9. Sept. 1915). Es muß dies insbesondere auch für die durch die Berufung erwachsenen Kosten gelten; denn der Ber.-Führer hat obgesiegt. Daher bilden die Kosten des Rechtsmittels einen Teil der Kosten des Rechtsstreits, über die nach dem schließlichen Ausgang einheitlich gemäß § 91 ZPO. zu entscheiden ist (Stein ZPO. Anm. II zu § 97). Die entstandenen Mehrkosten sind dann dem Kläger aufzuerlegen (§ 505 Abs. 3 Satz 2 ZPO.)".

Urteil des OLG. München (3. Sen.) v. 23. Mai 1917. B. w. K. L. 157/17. F—z.

---

206. Widerspruchsklage gegen die nicht eingetragene Pfändung einer nur zur Sicherheit abgetretenen Buchhypothek.

Vgl. 71 Nr. 24 m. N., Nr. 79.
ZPO. § 771. 830.

Die Klägerin trat am 22. April 1915 eine für sie eingetragene Hyp.-Forderung von 4000 *M*, wofür unbestritten die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen war, an Lina verw. P. in L. ab. Durch Beschluß des Amtsgerichts v. 29. Mai 1915 wurde die Hypothek für die Beklagte wegen einer Forderung gegen die P. gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen. Die Pfändung wurde aber nicht in das Grundbuch eingetragen. Die Klägerin widersprach dieser Zw.-Vollstreckung mit dem Antrage, sie für unzulässig zu erklären, da sie die Hypothek der P. nur zur Sicherung der Ansprüche aus dem Pachtvertrage über ein der P. gehörendes Gasthofsgrundstück abgetreten habe und der P. keine solchen Ansprüche zuständen. — Das Oberlandesgericht hat entgegen dem Landgericht antraggemäß verurteilt. Aus den Gründen:

„Zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, ist außer dem Pfändungsbeschluß die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich, wenn die Erteilung des Hyp.-Briefes ausgeschlossen ist, wie hier (§ 830 Abs. 1 ZPO.). Die von der Beklagten erwirkte Pfändung ist nicht in das Grundbuch eingetragen worden. Obwohl daher kein wirksames Pfandrecht der Beklagten entstanden ist, muß doch die Erhebung der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. für zulässig erachtet werden. Denn die mit dem Erlaß des Pfändungsbeschlusses begonnene Zw.-Vollstreckung ist nicht deshalb, weil die Beklagte kein materiell wirksames Pfandrecht erworben hat, ohne weiteres hinfällig geworden. Die Unwirksamkeit der Pfändung steht unter den Beteiligten nicht außer Zweifel, sondern die Beklagte macht ihre Gültigkeit geltend und verteidigt sich gegen die Klage offensichtlich deshalb, um die begonnene Zw.-Vollstreckung fortzusetzen. Da hierdurch das von der Klägerin behauptete Recht bedroht wird, muß dieser dagegen der Weg der Widerspruchsklage offenstehen, ohne daß etwa erst die Klägerin auf eine neue negative Feststellungsklage zu verweisen wäre (vgl. RGEntsch. 81, 190).

Zur Begründung ihrer Klage hat die Klägerin nachzuweisen, daß sie am Gegenstande der Zw.-Vollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht habe. Ein solches würde ihr allerdings dann nicht zustehen, wenn sie sich lediglich darauf berufen könnte, daß erst nach der Pfändung die bis dahin auf den Namen der P. eingetragene Hypothek wieder an sie abgetreten worden sei; vielmehr muß das Recht schon zur Zeit der Zw.-Vollstreckung bestanden haben, denn eine spätere Rechtsübertragung durch die Schuldnerin würde die aus der Pfändung der Beklagten erwachsenen Rechte wegen des mit der Pfändung verbundenen Veräußerungsverbots nicht beeinträchtigen können. Die Klägerin hat denn auch von vornherein ihre Klage darauf gestützt, daß sie die Hyp.-Forderung an die Schuldnerin P. nur zur Sicherung der aus dem Pachtvertrage etwa der P. gegen sie entstehenden Ansprüche abgetreten habe. Die Beklagte hat diese Behauptung nicht bestritten. Es liegt also lediglich eine Sicherungsübertragung vor. — — —

Dafür, ob ein Recht die Veräußerung im Zw.-Vollstr.-Verfahren hindere, ist nicht lediglich die formale juristische, sondern die wirtschaftliche Vermögens-Zugehörigkeit entscheidend (vgl. Stein ZPO. § 771 II). Nur das, was wirtschaftlich zum Vermögen des Schuldners gerechnet werden kann, ist dazu bestimmt, dem Zugriff der Gläubiger zu dienen; sonst würden diese ungerechtfertigt ihre Befriedigung auf Kosten Dritter erlangen können. Die Beklagte kann daher die Hypothek nicht schon deshalb, weil sie zur Zeit der Zw.-Vollstreckung gerade auf den Namen ihrer Schuldnerin im Grundbuch eingetragen war, ohne weiteres zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen. Die Rechtslage des Gläubigers kann durch die Pfändung nicht günstiger werden als die des Schuldners. Darf dieser über das gepfändete Recht nicht beliebig verfügen, so muß auch der Pfändungsgläubiger, der sein Recht aus dem des Schuldners ableitet, derselben Beschränkung unterworfen sein. Die Klägerin hatte die Hypothek aus ihrem Vermögen der P. übertragen, und zwar nicht dauernd und zur beliebigen Verfügung im eigenen Nutzen, sondern nur auf so lange und zu einer solchen Verwendung, wie es dem Sicherungszweck entsprechen würde. Darüber hinaus aber durfte die P. die Hypothek nicht zu ihrem Vorteil verwenden. Soweit es der Sicherungszweck nicht erheischte, blieb die Hypothek wirtschaftlich im Vermögen der Klägerin, während die P. insoweit nur formal als die Berechtigte erschien. Daraus folgt, daß die Hypothek jedenfalls in dem gegebenen Umfange wirtschaftlich nicht zu demjenigen Vermögen der P. gehörte, das zur Befriedigung ihrer Gläubiger zu dienen bestimmt war. In diesem Umfange ist ein Recht der Klägerin am Gegenstande der Zw.-Vollstreckung anzuerkennen, das die Veräußerung bei einer gegen die P. gerichteten Zw.-Vollstreckung behufs Befriedigung dieser Gläubiger hindert (vgl. RGZ. 79 S. 121; Ann. d. Sächs. OLG. 25, 219). Hiergegen kann nicht etwa der Einwurf durchschlagen, daß auf die Hypothek weder die Gläubiger der P. noch etwaige Gläubiger der Klägerin zugreifen könnten,

weil einer gegen die Klägerin gerichteten Zw.-Vollstreckung wiederum die P. auf Grund der Abtretung an sie widersprechen könnte. Denn ein Zugriff blieb dennoch, wenn auch nicht unmittelbar durch Pfändung der Hypothek selbst, sehr wohl durch Pfändung der aus dem Rechtsverhältnis zwischen beiden hervorgehenden Ansprüche in genügender Weise möglich. Wie sich die Inanspruchnahme der zur Sicherung übereigneten Hypothek durch die P. insoweit, als sie zur Befriedigung etwaiger Forderungen gegen die Klägerin erforderlich sein würde, zu gestalten hätte, und welche Rechte insoweit die Beklagte auf Grund ihrer Pfändung, wenn diese voll wirksam geworden wäre, ausüben könnte, darf unerörtert bleiben. Denn zur Geltendmachung solcher Rechte müßte die Beklagte nachweisen, daß sie zufolge der Pfändung ein materielles Pfandrecht, dem das Recht der Klägerin zu weichen hätte, erworben habe. Das ist aber nicht der Fall, da die erforderliche Eintragung der Pfändung in das Grundbuch unterblieben ist. Deshalb ist nicht erst zu untersuchen, ob durch die Hyp.-Übertragung gesicherte Ansprüche der P. gegen die Klägerin erwachsen seien und ob der darüber zwischen der Klägerin und der P. nach der Pfändung geschlossene Vergleich auch der Beklagten gegenüber wirksam gewesen sein würde. Vielmehr ist in vollem Umfange auf Grund des die Veräußerung hindernden Rechts der Klägerin die Zw.-Vollstreckung für unzulässig zu erklären."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 6. März 1917. M. w. O. 7. O. 125/16. F—ch.

---

207. Der Haftbeschluß im Offenbarungseid-Verfahren kann nur mit Beschwerde angefochten werden.

Vgl. 65 Nr. 130; 67 Nr. 71; 71 Nr. 26.
ZPO. §§ 901. 793. 766.

Gegenüber dem vom Landgericht in Bezug genommenen Aufsatz von Crasemann in HansGZ. 1916 Beibl. 1 tritt der beschließende Senat der von Gaupp-Stein und dem überwiegenden Teil der Rechtsprechung verfochtenen, insbesondere vom Kammergericht (OLGRspr. 15, 294) und vom Ferien-Ziv.-Senat des Hans. OLG. (HansGZ. 1915 Beibl. 266 und SeuffA. 71 Nr. 26) begründeten Ansicht bei, daß gegen Haftbeschlüsse im Offenbarungseid-Verfahren stets die sofortige Beschwerde das zulässige Rechtsmittel ist. Der Haftbeschluß ist keine Vollstr.-Handlung, sondern eine Entscheidung des Vollstr.-Gerichts, und zwar eine solche, „welche ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann", weil nach § 900 Abs. 2 ZPO. die Anwesenheit des Gläubigers im Termin nicht erforderlich ist. Daher ist nach § 793 die sofortige Beschwerde gegeben. Die Erinnerung nach § 766 soll den Zweck verfolgen, den Schuldner zu Wort kommen zu lassen, wenn er vorher keine Gelegenheit zum Gehör hatte; diese hat er aber vor Erlassung des Haftbeschlusses gehabt, weil er zur

Ableistung des Eides geladen worden ist, gleichviel ob persönlich oder zu Händen seines Prozeßbevollmächtigten. Die Parallele des Pfändungsbeschlusses geht fehl, weil hier der Schuldner über das Pfändungsgesuch des Gläubigers nicht gehört werden darf (§ 834). Nur auf die Gelegenheit zum Gehör kommt es aber an, nicht darauf, ob der Schuldner diese auch wahrgenommen hat.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 22. März 1916. Schl. w. R. (Bs. Z. I. 26/16). Nö.

---

208. Kann in einem Schiedsvertrage der einen Partei die Wahl des ordentlichen Gerichts freigelassen werden?

(Vgl. 42 Nr. 293.)
ZPO. § 1025.

In dem Bestätigungsschreiben der verklagten off. Handelsgesellschaft zu dem von ihr als Verkäuferin mit der Klägerin abgeschlossenen Kaufvertrage über eine Gerstenlieferung hieß es: beiderseitiger Erfüllungsort sei Breslau, bei Streitigkeiten jeder Art unterwürfen sich beide Parteien dem (näher bezeichneten) Schiedsgericht in Breslau; sie, Verkäuferin, habe die Befugnis, anstatt bei dem erwähnten Schiedsgericht beim Amts- oder Landgericht Breslau zu klagen. Als die Käuferin beim Landgericht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung Klage erhob, schützte die Beklagte die Einrede des Schiedsgerichts vor. Die Einrede wurde in den Instanzen verworfen, vom Reichsgericht zugelassen. Aus den Gründen:

„Die Klägerin hatte gegenüber der Einrede aus § 274³ ZPO. u. a. geltend gemacht, die auf das Schiedsgericht bezügliche Klausel in dem Bestätigungsschreiben sei widerspruchvoll, denn wenn sich beide Teile dem Schiedsgericht unterwerfen wollten, könnte die Beklagte nicht daneben die Befugnis haben, bei den ordentlichen Gerichten zu klagen. Der Ber.-Richter ist dieser Auffassung beigetreten. Er führt aus, mit den Worten: „bei Streitigkeiten jeder Art unterwerfen sich beide Parteien dem Schiedsgericht" hätten die Parteien, wie es dem Wesen des Schiedsvertrages entspreche, die Entscheidung über entstehende Streitigkeiten bedingunglos dem Schiedsgericht übertragen. Im Gegensatze dazu solle nach der weiteren Bestimmung, daß die Verkäuferin die Befugnis habe, anstatt beim Schiedsgericht beim ordentlichen Gericht in Breslau zu klagen, die Beklagte nun doch nicht unbedingt dem Schiedsgericht unterworfen sein, sondern die Wahl haben, beim ordentlichen Gericht oder beim Schiedsgericht zu klagen. Eine solche „Bedingung", die die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wieder beschränke und aufhebe, sei aber mit dem Wesen des Schiedsvertrages unvereinbar und mache ihn nichtig. — — —

Die erhobene Beschwerde muß für begründet erachtet werden. Zunächst ist nicht zuzugeben, daß die in Rede stehende Bestimmung einen inneren

Widerspruch enthielte. Wenn man die beiden Sätze, die sich auf das Schiedsgericht beziehen, im Zusammenhange betrachtet, so haben sich allerdings beide Teile grundsätzlich dem Schiedsgericht unterworfen. Eine Ausnahme ist aber insofern gemacht, als die Beklagte für die von ihr zu erhebenden Klagen die Wahl zwischen dem Schiedsgericht und dem Staatsgericht hat. Es handelt sich hierbei jedoch nur um eine Einschränkung des vorher Gesagten, und eine solche Einschränkung führt nicht zu einem Widerspruch. Von einer nur bedingungweisen Unterwerfung der Beklagten unter das Schiedsgericht kann man auch nicht sprechen; die Sache liegt vielmehr so, daß für Klagen der Verkäuferin sowohl das Schiedsgericht als auch das Staatsgericht zuständig sein sollte. Klagte aber die Käuferin, so war das Schiedsgericht nicht nur für diese sondern auch für die Verkäuferin zuständig. Wollte die Verkäuferin klagen und wandte sie sich an das Schiedsgericht, so lag darin nicht der Eintritt einer Bedingung, sondern die Ausübung eines Wahlrechts, und von der getroffenen Wahl konnte sie dann nicht wieder abgehen (vgl. § 35 ZPO.).

Es fragt sich deshalb nur, ob es gesetzlich zulässig ist, daß Schiedsgericht und Staatsgericht nebeneinander für zuständig erklärt werden. Aus den Vorschriften der Zivilprozeßordnung sind Bedenken gegen die Zulässigkeit nicht zu entnehmen, insbesondere nicht aus § 1025. Hier ist nur gesagt, daß die Parteien, wenn sie die Entscheidung eines Rechtsstreits einem Schiedsgericht übertragen wollen, fähig sein müssen, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen. Aus dieser Vorschrift kann nicht gefolgert werden, daß ein rechtswirksamer Schiedsvertrag i. S. der Zivilprozeßordnung nur dann vorliege, wenn für einen Streit die ausschließliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts vereinbart ist. Im übrigen muß davon ausgegangen werden, daß die Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs und namentlich die allgemeinen Grundsätze über Verträge auch für Schiedsverträge gelten. Es besteht demnach auch hier grundsätzlich Vertragsfreiheit, und es ist deshalb nicht einzusehen, warum es rechtlich nicht möglich sein sollte, daß die Vertragschließenden sich gegenseitig das Wahlrecht zwischen Schiedsgericht und Staatsgericht einräumen, oder daß sie vereinbaren, für Klagen des einen solle ausschließlich das Schiedsgericht, für Klagen des andern neben dem Schiedsgericht auch das Staatsgericht zuständig sein. Wenn es rechtlich möglich ist, daß bei Verträgen der Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO.) für beide Teile verschieden ist (vgl. RGEntsch. 2, 122; 9, 351), daß also jede Partei ihre Ansprüche aus demselben Vertrage bei einem andern Gericht anhängig macht, so kann man auch nicht sagen, es sei ein wesentlicher Grundsatz des Verfahrens, daß Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnis nicht gleichzeitig bei verschiedenen Stellen anhängig gemacht werden könnten. Der Ber.-Richter nimmt besonders daran Anstoß, daß dieselbe Rechtsfrage möglicherweise gleichzeitig beim Schiedsgericht und beim Staatsgericht zur Entscheidung kommen könnte. Allein die Möglichkeit, daß über dieselbe unter den gleichen

Parteien streitige Rechtsfrage verschiedene Behörden nebeneinander zu entscheiden haben, besteht auch sonst (vgl. § 148 ZPO.). Es liegt deshalb kein Anlaß vor, Verträgen, in denen sich die Beteiligten freiwillig derartigen Unzuträglichkeiten aussetzen, die Rechtswirksamkeit zu versagen. Bedenken würden sich nur ergeben, wenn der Schiedsvertrag so zu verstehen wäre, daß ein und derselbe Anspruch gleichzeitig von der einen Partei beim Schiedsgericht, von der andern beim Staatsgericht anhängig gemacht werden könnte, so daß z. B. die Käuferin beim Schiedsgericht auf Lieferung und die Verkäuferin beim Staatsgericht auf Feststellung, daß sie zur Lieferung nicht verpflichtet sei, Klage erheben dürfte. So hat der Ber.-Richter den Vertrag aber nicht ausgelegt, und nach Treu und Glauben (§ 157 BGB.) kann er auch nicht so ausgelegt werden. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Grundsätze über Rechtshängigkeit und Rechtskraft auch im Verhältnis des schiedsgerichtlichen zum staatsgerichtlichen Verfahren gelten (vgl. §§ 263. 322. 1040 ZPO.; § 220 BGB.; Art. 152 EinfG. z. BGB.), und daß hiernach die Gefahr des Erlasses widersprechender Entscheidungen über denselben Anspruch kaum noch in Frage kommen kann.

Da der Ber.-Richter sonach ohne stichhaltigen Grund die Schiedsklausel als rechtsunwirksam angesehen hat, unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 28. März 1916. L. & P. (Bkl.) w. SchlesAktG. f. Bierbr. (OLG. Breslau). VII. 438/15. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 44 S. 179.

---

209. Zulässigkeit einer Leistungsklage gegen Schuldner unter Geschäftsaufsicht.

Vgl. 71 Nr. 267.

KO. §§ 12. 14; BRVO. v. 8. August 1914 § 5 (RGBl. 363).

Der Beklagte, der dem Kläger mehrere im November und Dezember 1915 fällige Akzepte über zusammen 5200 ℳ verkauft hatte, verpflichtete sich am 20. Sept. 1915 dem Kläger zu dessen Sicherheit seine an zweiter Stelle auf einem Nürnberger Grundstück lastende Hypothek von 14000 ℳ jederzeit unverzüglich ohne jede Einrede zu verpfänden. Am 27. Okt. 1915 wurde über den Beklagten die Geschäftsaufsicht gemäß der BRVO. v. 8. Aug. 1914 angeordnet. Da bei Fälligkeit die Wechsel nicht bezahlt wurden, auch die begehrte Hyp.-Verpfändung nicht erfolgte, klagte der Kläger auf Verurteilung des Beklagten zur Verpfändung der Hypothek für die erwähnten Wechselforderungen nebst Zinsen sowie zur Abgabe der erforderlichen Willenserklärungen. Der Beklagte, der die Echtheit des Verpflichtungsscheins v. 20. Sept. 1915 anerkannte, beantragte trotzdem die Abweisung der Klage, da er infolge der Geschäftsaufsicht bei der Weigerung der Aufsichtsperson

zur Verpfändung nicht befugt sei. Der Kläger, der die Richtigkeit dieser Rechtsansicht bestritt, beantragte vorsorglich, dem Urteil noch hinzuzufügen, daß die Erklärung erst mit der Beendigung der Geschäftsaufsicht als abgegeben gelte. — Mit dieser Maßgabe verurteilte das Landgericht den Beklagten; die Berufung und ebenso die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Mit Recht, wie auch von der Revision nicht bestritten wird, geht das Ber.-Gericht davon aus, daß der Kläger nicht zu den Gläubigern gehört, die gemäß § 9 der BRVO. v. 8. Aug. 1914 (RGBl. 363) von dem Geschäftsaufsichtsverfahren nicht betroffen werden. Daher findet § 5 VO. auf ihn Anwendung, wonach Zw.-Vollstreckungen in das Vermögen des Schuldners während der Dauer der Geschäftsaufsicht zugunsten der vom Verfahren betroffenen Gläubiger nicht stattfinden. Ebenso zutreffend sieht das Ber.-Gericht in dem Klagebegehren den Anspruch auf Vornahme einer Verfügung über ein Recht an einem Grundstück, die nach § 7 Abs. 2 VO. der unter Geschäftsaufsicht stehende Schuldner ohne Zustimmung der Aufsichtsperson nicht vornehmen soll, ohne sich der Gefahr der Aufhebung des Verfahrens auszusetzen (§ 10).

Es ist mit Rücksicht auf diese Bestimmungen die Ansicht vertreten worden, es dürfe während der Dauer der Geschäftsaufsicht gegen den Schuldner nicht geklagt werden, da er, wenn ihm mangels Zustimmung der Aufsichtsperson die Leistung verboten sei, zur Leistung nicht verpflichtet sei und daher dazu auch nicht verurteilt werden könne. Soweit bekannt geworden, hat sich von Oberlandesgerichten bisher nur der 1. Ziv-Sen. des OLG. zu Dresden in Urteilen v. 28. Okt. 1915 und 16. März 1916 (OLGRspr. 31, 389; LeipzZ. 1916, 762) in diesem Sinne ausgesprochen. Dagegen ist die Klage für zulässig erklärt worden vom Kammergericht und von den Oberlandesgerichten München, Posen, Stuttgart, Celle, Düsseldorf, Frankfurt a. M., Breslau, Kolmar sowie vom 4. und 9. Ziv.-Sen. des OLG. zu Dresden;

DJZ. 1914, 1303; LeipzZ. 1915, 572; KGBl. 1915, 107; JW. 1916, 1215; PosMschr 1915, 55, 147; Recht 1916, 201[441]; Leipz.Z. 1916, 176; DJZ. 1915, 216; Recht 1915, 173[332]; OLGRspr. 31, 388; JW. 1915, 1452; ElsLothZ. 1915, 275; OLGRspr. 31, 389; DJZ. 1916, 249; LeipzZ. 1915, 1115.

Soweit die Rechtswissenschaft zu der Frage Stellung genommen hat, ist dies, soviel ermittelt, ausschließlich in letzterem Sinne geschehen;

Kipp in DJZ. 1914, 1032; Breit JW. 1915, 161; Wertheimer ebenda 175; Jaeger Bank-Arch. 14, 35; Klien JW. 1915, 769; Wassermann-Erlanger Kriegsgesetze 204; Aehnelt JW. 1915, 494; Heilberg ebenda 1085 1304; v. Harder ebenda 1052; Goldschmidt ebenda 1916, 1326; Bendix in LeipzZ. 1915, 193 Note 18; Halbbauer SächsA. 1915, 381; Gilbert ZBlFrG. 15, 548; Güthe-Schlegelberger Kriegsb. 1, 346; Levis Deutsche Richterztg. 1915, 407; Sieskind Prozeßr. 96 § 5 Anm. 17; Levy Geschäftsaufsicht 22; Mayer Privatr. d. Krieges 154; Heß Kriegsges. 123.

Diese Auffassung muß, entgegen der des 1. ZivSen. des OLG. Dresden

und des Landgerichts Leipzig (JW. 1915, 806), für zutreffend gehalten werden. Wie schon die Überschrift der Verordnung und § 1 besagen, erstrebt die Geschäftsaufsicht die Abwendung des Konk.-Verfahrens. Sie dient also, abgesehen von allgemeinen wirtschaftlichen Zwecken, in erster Reihe dem Schuldner, und zwar wird sie angeordnet zugunsten dessen, der infolge des Krieges zahlungsunfähig geworden ist, bei dem aber zugleich die Behebung der Zahlungsunfähigkeit nach Beendigung des Krieges in Aussicht genommen werden kann (§§ 1 und 3). Zur Erreichung dieses Zweckes bestimmt § 5, daß während der Dauer der Geschäftsaufsicht das Konk.-Verfahren über das Vermögen des Schuldners nicht eröffnet werden darf, und daß zugunsten andrer als gewisser bevorrechtigter, in § 9 näher bezeichneter Gläubiger Arreste und Zw.-Vollstreckungen in das Vermögen des Schuldners nicht stattfinden. Wenn auch die Aufsichtsperson die Geschäftsführung ganz oder teilweise an Stelle des Schuldners einer andern Person übertragen darf, so steht sie doch an sich, wie sich aus §§ 6 und 7 ergibt, dem Schuldner zu, dem aber im Interesse des zu erreichenden Zweckes gewisse Beschränkungen auferlegt werden. Er muß sich Einsichtnahme der Aufsichtsperson in seine Geschäftspapiere gefallen lassen und ihr Auskünfte geben, er soll ferner ohne deren Zustimmung weder gewisse Verfügungen vornehmen noch Ansprüche befriedigen oder sicherstellen noch auch andre als solche Verbindlichkeiten eingehen, die zur Fortführung des Geschäfts oder zu einer bescheidenen Lebensführung erforderlich sind (§ 7). Die darnach verbleibenden Mittel, also nicht etwa das Stammvermögen, sind zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden nach Anordnung der Aufsichtsperson, wodurch auf eine allmähliche Abwicklung der Schulden hingewirkt werden soll. Handelt der Schuldner seinen Verpflichtungen zuwider, so droht ihm (§ 10) die Aufhebung des Verfahrens, die in der Regel die Eröffnung des Konkurses nach sich ziehen wird.

Hieraus ergibt sich, daß der auf seinen Antrag (nur er kann den Antrag stellen) unter Geschäftsaufsicht gestellte Schuldner nicht etwa dem Gemeinschuldner im Konkurse gleichsteht. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ist ihm grundsätzlich nicht entzogen. Klar tritt der Gegensatz zwischen Muß- und Sollvorschriften hervor. Wenn unter letztere gewisse Handlungsbeschränkungen des Schuldners fallen, so erhellt doch aus dem Soll der Vorschrift, daß die diesen Beschränkungen zuwider vorgenommenen Rechtshandlungen des Schuldners nicht unwirksam sind, sondern ihn nur der Gefahr der Aufhebung der Geschäftsaufsicht aussetzen, die ausgeschlossen erscheint, wenn den Schuldner kein Vorwurf trifft. Für eine Unterbrechung oder Aussetzung eines anhängigen Rechtsstreits liegt kein Grund vor, da der Schuldner ja die Prozeßfähigkeit nicht verliert. Wie er daher klagen kann, muß er auch verklagt werden können. Gegen die Zulässigkeit von Feststellungsklagen gegen ihn werden von keiner Seite Bedenken erhoben. Aber auch die Bedenken, die insbesondere der 1. Ziv.-Sen. des OLG. Dresden gegen Klagen auf Leistung (Zah-

lung) geltend macht, können nicht für begründet erachtet werden. Der § 7 enthält, wie vielfach in Rechtsprechung und Rechtslehre zutreffend hervorgehoben worden ist, nur eine Bestimmung für das innere Verhältnis zwischen Schuldner und Aufsichtsperson, ohne deren Zustimmung er eine Reihe von Rechtshandlungen nicht vornehmen soll. Der Dresdner Senat irrt daher, wenn er allgemein von einem Verbot spricht und daran die Folgerung knüpft, daß eine vom Gesetze gemißbilligte und sogar bei Vermeidung von Rechtsnachteilen verbotene Handlung vom Richter nicht geboten werden dürfe. Von einer Pflicht des Schuldners, eine Leistung zu verweigern, enthält die Verordnung nichts, sie verpflichtet ihn nur, die Zustimmung der Aufsichtsperson einzuholen, und setzt ihn der Gefahr aus, der zu seinem Schutze angeordneten Geschäftsaufsicht verlustig zu gehen, wenn er sich eigenmächtig über diese Bestimmung hinwegsetzt. Dadurch wird die Befugnis des Gläubigers nicht berührt, im Klagewege eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, die den Beklagten zur Leistung verurteilt. Aber auch die hiergegen angeführten wirtschaftlichen Gründe versagen. Denn wenn auch der Zweck der Geschäftsaufsicht ist, die Abwendung des Konkurses mit seinen existenzvernichtenden Folgen wirtschaftlicher und sonstiger Art bis zur Wiederherstellung des Friedenszustandes zu ermöglichen, so kann doch dem Dresdener Senat nicht zugegeben werden, daß dieser Zweck ohne Entziehung der Leistungsklage nicht erreicht werden könne. Denn über die Dauer der Geschäftsaufsicht hinaus will die Bundesratsverordnung nicht vorsorgen; gegen nachherige Maßnahmen der Gläubiger will sie den Schuldner nicht schützen. Mit der Beendigung der Aufsicht, sei es, daß sie nach Eintritt des Friedens oder gemäß § 10 VO. früher erfolgt, muß daher den Gläubigern ein unbeschränktes Einschreiten, bis etwa der Konkurs eröffnet wird, unbenommen sein. Es liegt auf der Hand, daß es von größtem Wert für einen Gläubiger sein kann, dann bereits einen vollstreckbaren Schuldtitel zu haben. Während der durch die Geschäftsaufsicht dem Schuldner gewährten Schonzeit ist dieser aber dadurch geschützt, daß so lange Arreste und Zw.-Vollstreckungen für andre als bevorzugte Gläubiger unzulässig sind. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 9. Dez. 1916. St. (Bkl.) w. K. (OLG. Nürnberg). V. 287/16. Auch in RGEntsch. 89 Nr. 52[1] S. 225.

I. Bürgerliches Recht.

210. Verneinung des Verzuges wegen des Rechts zur Zurückbehaltung.

BGB. §§ 273. 285.

Die Klägerin hatte dem Beklagten in teilweiser Erfüllung von Käufen, die sie in den Jahren 1912 und 1913 miteinander abgeschlossen hatten, in den Monaten Februar bis Juli 1914 geköppte Halbleinen käuflich geliefert und darauf noch 5656,2 M Kaufpreis zu erhalten, sofern nicht die Schuld durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer Gegenforderung beglichen war. Der Beklagte forderte nämlich Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines späteren Kaufes. Laut Bestätigungsschreiben v. 10. Juni 1914 hatte die Klägerin weitere 850 Stück geköppte Halbleinen, lieferbar auf Abruf bis Ende Dezember 1914, an den Beklagten verkauft; sie hatte ihm im Juni und Juli 1914 auch 35 Stück geliefert, seine Abrufungen für Ende Januar, Ende Februar und März 1915 aber mit Brief v. 24. Nov. 1914 abgelehnt. — Das Landgericht verurteilte und die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die der Klägerin durch das angefochtene Urteil zugesprochene Forderung samt Zinsen ist aus Kauf schlüssig begründet (BGB. § 433 Abs. 2; HGB. §§ 352 ff.) und durch die Zugeständnisse des Beklagten in rechtliche Gewißheit gesetzt. Streit besteht lediglich darüber, ob die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung gerechtfertigt sei. Er verlangt von der Klägerin Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags v. 10. Juni 1914 und meint, daß es im Hinblick auf die Erfüllungsweigerung der Klägerin der im § 326 BGB. vorgesehenen Fristsetzung nicht bedurft habe. Wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, ist im Interesse der Klarheit und der Sicherheit des Rechtsverkehrs an dem Erfordernisse der Fristbestimmung festzuhalten, es sei denn, daß die Umstände als ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der im Verzug befindliche Vertragsteil sich dann zur Erfüllung entschließen werde, wenn er durch die Setzung einer Nachfrist vor die Frage gestellt werden sollte, ob er die Folgen des § 326 Abs. 1 BGB. auf sich nehmen oder sie durch nachträgliche Erfüllung von sich abwenden wolle. Die einfache Ablehnung der Erfüllung, insbesondere wegen Streits über den Vertragsinhalt, reicht zur

Annahme einer endgültigen Erfüllungsweigerung nicht aus (vgl. JW. 1913, 918[8]; RGEntsch. Bd. 67, 319; 66, 421). Ob hiernach im vorliegenden Fall die Umstände so liegen, daß von einer Fristsetzung abgesehen werden konnte, erscheint höchst zweifelhaft, braucht aber nicht weiter erörtert zu werden, weil auch dann, wenn dies mit dem Beklagten anzunehmen wäre, nicht zu einer ihm günstigen Entscheidung gelangt werden könnte.

Der Schadenersatzanspruch aus § 326 BGB. hat nach der Fassung dieser Vorschrift zur Voraussetzung, daß der andre Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge war, und an dieser Voraussetzung gebricht es, weil die Klägerin die Lieferung der 815 Stück geköppte Halbleinen aus dem Vertrage v. 10. Juni 1914 so lange verweigern durfte, bis der Beklagte den Kaufpreis für die im Februar bis Juli 1914 gelieferten Waren bezahlte (§ 273 BGB.). Mit Unrecht vermißt der Beklagte, daß seine Verpflichtung und die der Klägerin auf demselben rechtlichen Verhältnisse i. S. des erwähnten Paragraphen beruhen. Der Beklagte hatte in den Jahren 1912 und 1913 je einen größeren Posten geköppte Halbleinen bei der Klägerin bestellt, die Waren aber am 10. Juni 1914 noch nicht völlig abgenommen. An diesem Tage schlossen nun die Parteien über die Lieferung von solchen Halbleinen einen anderweitigen Vertrag, in den die noch offenstehenden Reste mit der Maßgabe hineingenommen wurden, daß zum Teil eine andre Qualität und eine andre Stückzahl geliefert werden sollte und sich deshalb auch der Preis änderte. Es besteht somit ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen dieser Bestellung des Beklagten und den früheren Bestellungen, und aus diesem Zusammenhang ist zu folgern, daß die Verpflichtung zur Leistung auf seiten des einen Vertragsteils abhängig ist von der Erfüllung der Verbindlichkeiten des anderen Teils auch aus den beiden früheren Abschlüssen (vgl. RGEntsch. Bd. 68, 34). Die Klägerin konnte somit wegen der Nichtzahlung des Kaufpreises für Waren der früheren Abschlüsse die Lieferung der Waren aus dem Schlusse v. 10. Juni 1914 zurückhalten. Daß jener Kaufpreis zum größten Teil schon im Juni 1914 fällig war, gibt der Beklagte zu. Dieses Zurückbehaltungsrechts begab sich die Klägerin weder dadurch, daß sie es sich nicht bei Abschluß des Vertrags v. 10. Juni 1914 ausdrücklich vorbehielt, noch dadurch, daß sie die Einteilung der Abrufungen des Beklagten v. 10. Juni 1914 entgegennahm, noch dadurch, daß sie ein solches, wie der Beklagte behauptet, während der früheren Geschäftsverbindung trotz erheblicher Kaufpreisrückstände niemals geltend gemacht haben mag. Hängt es doch lediglich von dem Willen des Berechtigten ab, ob er ein solches Recht geltend machen will, und werden die jeweiligen besonderen Umstände auf seine Entschließung von Einfluß sein.

Das Zurückbehaltungsrecht, das sonach der Klägerin schon seit Juni 1914 wegen einer erheblichen Kaufpreisforderung zustand, verhinderte ohne weiteres, daß sie mit der Lieferung der Waren aus dem Vertrage v. 10. Juni 1914 in Verzug geriet, und zwar auch dann, wenn es die Klägerin vor dem Pro-

zesse noch nicht geltend gemacht hätte (vg. RG. in SächsA. 1911, 214). Wollte man aber annehmen, daß der Schuldner, dem ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, dies dem Gegner gegenüber alsbald geltend machen müsse, um den Eintritt und die Folgen des Verzugs zu vermeiden (RGEntsch. 77, 436. 438), so würde doch nicht zu einer dem Beklagten günstigen Entscheidung zu kommen sein, denn die Klägerin hat dem Beklagten schon in ihrem Briefe v. 14. Nov. 1914, also schon vor Fälligkeit des Leistungsanspruchs des Beklagten, in ausreichender Weise zu erkennen gegeben, daß sie vor der Bezahlung ihres längst fälligen Guthabens jede weitere Warenlieferung ablehne. — — — Aus der Lieferungsverweigerung, die auch für den Fall der Zahlung des geforderten Betrags von der Klägerin für den Hauptteil ihrer Verplichtung erklärt wurde, konnte der Beklagte so lange keine Rechte herleiten, als er nicht seine eigene vorausgegangene im Verzuge mit der Zahlung liegende Vertragsverletzung geheilt hatte (RGEntsch. 67, 317).

Nach alledem ist der Anspruch des Beklagten auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Schlusses v. 10. Juni 1914 unbegründet. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 13. Okt. 1916. M. u. Fr. w. H. 3 O. 105/16. F—ch.

---

211. Rechte des Verkäufers bei Nichterfüllung einer vereinbarten Vorausleistung des Käufers.

BGB. § 321.

Die Beklagte hatte dem Kläger laut Schreiben v. 28. Juni 1914 den Alleinverkauf ihrer Farbe Resistine für einige besonders bezeichnete Schweizer Kantone übertragen und ihm zugleich 100 Fässer Resistine zu ungefähr 50 Kilo zum Preise von 83 Fr. für das Kilo verkauft. Sie war zu sofortiger Lieferung verpflichtet. Der Kläger hatte sich verpflichtet, zwei Wechsel über 2150 Fr., fällig am 15. Juli und 15. Aug. 1914, zu geben. Die beiden Wechsel sind auch gegeben, der erstere am Fälligkeitstermine eingelöst worden. Die Beklagte hat die Lieferung der Ware bis zur Bezahlung des zweiten Wechsels verweigert. Der Kläger klagt auf Feststellung, daß der Vertrag nicht mehr bestehe.

Es ist unstreitig, daß der Kläger die Frage der Beklagten, ob er im Handelsregister eingetragen sei, bejaht hat und daß diese Angabe der Wahrheit nicht entsprach. Der Standpunkt der Beklagten, daß unter diesen Umständen die ihr gegebenen Wechsel nicht als Wechsel im gesetzlichen Sinn und im Sinn des Vertragsschreibens aufgefaßt werden könnten, ist in den Vorschriften des schweizerischen Rechts nicht begründet (wie näher ausgeführt wird).

Es ist richtig, daß Wechsel nach schweizerischem Recht dann eine größere Kraft besitzen, wenn sie von Personen ausgestellt sind, die im Handelsregister eingetragen sind. Hieraus ergibt sich aber nicht, daß Wechsel, die von andern Personen ausgestellt sind, nicht als Wechsel aufgefaßt werden könnten. Hier-

nach kann die Beklagte nicht geltend machen, daß der Kläger die nach dem Vertrage v. 28. Juni 1914 ihm obliegende Vorleistung, nämlich die Hingabe von Wechseln, nicht erfüllt habe; der Kläger hat die Wechsel hingegeben, nur daß diese infolge des Mangels seiner Eintragung im Handelsregister eine geringere Kraft besitzen als andre Wechsel. Die Sache liegt also günstigstenfalls für die Beklagte so, daß sie infolge des Mangels einer vorausgesetzten Eigenschaft des Klägers vom Vertrage zurücktreten könnte. Sie will aber einen derartigen Rücktritt nicht erklären, vielmehr ausdrücklich an dem Vertrage festhalten und aus diesem Grunde dem Kläger die Rückzahlung der gezahlten Wechselsumme verweigern.

Zu einer solchen Verweigerung ist die Beklagte nicht berechtigt. Es kann ihr zugegeben werden, daß sie unter den vorliegenden Umständen nicht verpflichtet war, nunmehr dem Kläger die bestellte Ware vor völliger Zahlung des Kaufpreises zu übersenden. Es wäre ihr also dasselbe Recht zuzubilligen, welches im § 321 BGB. für den Fall einer wesentlichen Verschlechterung in den Vermögensumständen des Vertragsgegners anerkannt ist. Dieses Recht gibt der Beklagten aber lediglich die Befugnis, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Sie erlangt nicht das Recht, von dem Kläger eine Änderung des Vertragsinhalts dahin zu fordern, daß er verpflichtet sei, die Ware gegen Zahlung des vollen Vertragspreises anzunehmen. Der Kläger hat sich zu einer solchen Leistung nicht verpflichtet. Er hatte das Recht auf Aushändigung der Ware vor Zahlung des Kaufpreises, und die Beklagte ist wider den Willen des Klägers nicht berechtigt, ihm einen andern Vertragsinhalt aufzudrängen als denjenigen, den er freiwillig übernommen hatte (vgl. RGEntsch. 53,62).

Mit der Geltendmachung des Verweigerungsrechts der Beklagten tritt ein Schwebezustand ein, dessen Lösung unter den obwaltenden Umständen nach dem Verkehrsbedürfnis nur dahin denkbar ist, daß auch dem Kläger der Rücktritt vom Vertrage freisteht, falls die Beklagte ihn nicht in der vereinbarten Art erfüllen will. Die Beklagte hat sich dessen geweigert. Verharrt sie bei dieser Weigerung, so kann sie ihrerseits den Kläger gegen seinen Willen beim Vertrage nicht festhalten, denn dies würde bedeuten, daß dem Kläger ein andrer Vertrag aufgedrängt wird als der von ihm vereinbarte. Hierzu steht der Beklagten kein Recht zu.

Einer Prüfung der Frage, ob für das Rechtsverhältnis nach dieser Richtung das deutsche oder das schweizerische Recht gilt, bedarf es nicht, da die maßgebenden Grundsätze nach beiden Rechten die gleichen sind. — — —

Darnach ist die Beklagte zur Rückzahlung der empfangenen 2150 Fr. verpflichtet und das Verlangen des Klägers auf Feststellung des Nichtmehrbestehens des Vertrages ist gerechtfertigt. — — —

Urteil des KG. zu Berlin (22. Sen.) v. 2. April 1917. Bau-Bed.-Ges. w. V. — 22 U. 4148/16. O. H.

212. Bedeutung einer während des Krieges vereinbarten Kriegsklausel.

Vgl. 71 Nr. 223 m. N.

BGB. §§ 346. 157.

Für die Anwendbarkeit der vereinbarten Kriegsklausel, wonach „außergewöhnliche Ereignisse, welche die Beschaffung von Rohmaterial hindern, wie Krieg u. dgl.“, den Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigen, auf den vorliegenden Fall ist davon auszugehen, daß der Kaufvertrag zwischen den Parteien im Januar 1915, also erhebliche Zeit nach Ausbruch des Krieges, abgeschlossen ist. Bei dieser Sachlage konnte der Krieg als solcher und ohne weiteres das Rücktrittsrecht der Beklagten nicht begründen. Der Krieg war vom Standpunkt des Vertragschlusses aus kein „außergewöhnliches Ereignis“ mehr; vielmehr könnten als solche nur später etwa eintretende besondere Kriegsereignisse angesehen werden, mit denen beim Vertragschluß nicht gerechnet werden konnte, und die in weiterem Umfang, als dies schon durch den Krieg bei seiner längeren Dauer geschah, die Beschaffung des Rohmaterials hinderten. Andernfalls würde es auch im Belieben des Verkäufers gestanden haben, ob er erfüllen oder wegen des Krieges seinen Rücktritt erklären wollte, was nicht dem Willen der Parteien entsprochen haben kann. Daß nun nach Abschluß des Vertrags solche außergewöhnliche Ereignisse, welche die Beschaffung des Rohmaterials hinderten, eingetreten seien, hat die Beklagte auch in dieser Instanz nicht behauptet. — — —

Sie hat zwar behauptet und unter Beweis gestellt, daß die Fabrik, deren Erdnußkuchen verkauft sind, zu der Zeit, als Klägerin ihre Verfügung über die Ware erteilte, nicht mehr habe liefern können. Allein es bedurfte schon um deswillen keines Eingehens auf diese Behauptung, weil das Unvermögen der Fabrik, die Ware zu liefern, die Beklagte allein keinenfalls berechtigt, auf Grund der Kriegsklausel sich vom Vertrage loszusagen, sondern nur dann einen Grund zum Rücktritt vom Vertrage abgeben konnte, wenn es seine Ursache hatte in außergewöhnlichen Ereignissen in dem oben dargelegten Sinn, was die Beklagte nicht behauptet hat. — — —“

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 5. Juli 1916. R. (Kl.) w. W. Bf. IV. 29/16. B.

---

213. Abmachung, daß die Ware innerhalb bestimmter Frist zu verladen ist.

Vgl. 72 Nr. 70 m. N.

BGB. §§ 326. 361. 480; HGB. § 376.

Die Parteien hatten Anfang Dezember 1914 einen Vertrag über die Lieferung von Kakaopulver geschlossen mit der Abmachung: „Die Ware ist innerhalb der nächsten Woche ab Amsterdam zu verladen“. Unstreitig hätte die Ware, wäre dieser Klausel genügt, spätestens am 17. Dezember in Hamburg sein müssen; sie ist infolge Verschuldens der Beklagten erst Anfang

Januar eingetroffen. Die Klägerin verweigerte die Annahme und verlangte Ersatz ihres Schadens. — Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 1500 M nebst 5% Zinsen seit dem 17. Dezember. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Zu prüfen ist, welche Bedeutung der Vertragsbestimmung innewohnt, daß die Ware innerhalb der nächsten Woche ab Amsterdam zu verladen ist, insbesondere, ob die Klägerin bei Nichterfüllung der Bedingung das Recht hatte, ohne Fristsetzung die Annahme zu verweigern und Schadenersatz zu verlangen. Das ist zu bejahen. Ein Fixgeschäft freilich i. S. der § 361 BGB., § 376 HGB. liegt mangels genauer Zeitbestimmung der Lieferung nicht vor. Ebenso fehlt es an genügendem Anhalt dafür, daß die Abladung innerhalb der vereinbarten Frist als eine zugesicherte Eigenschaft i. S. des § 480 BGB. gelten sollte. Der erkennende Senat ist aber der Meinung, daß, ebenso wie wenn es sich um die Vereinbarung einer bestimmten Abladezeit überseeischer Waren handelte, so auch hier nach dem Willen der Parteien dem Käufer das Recht eingeräumt werden sollte und eingeräumt ist, ohne weiteres Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Ware nicht zu der Zeit eintraf, wo sie unter regelmäßigen Verhältnissen in Hamburg erwartet werden konnte, d. h. im vorliegenden Fall also spätestens am 17. Dez. 1914. Dieser Vertragswille der Parteien ist zwar beim Abschluß nicht ausdrücklich hervorgehoben worden. Er muß aber der Eigenart dieses Geschäfts und den besonderen Umständen entnommen werden, unter denen es zum Abschluß gelangt ist. Der Vertrag ist in den ersten Kriegsmonaten geschlossen, zu einer Zeit, als der Abwicklung des Handelsverkehrs mit dem Auslande ernste Schwierigkeiten erwachsen waren. Ausfuhrverbote drohten. Mit der Sperrung der Grenze mußte gerechnet werden. Der Preis der gehandelten Ware unterlag starken Schwankungen. Die durch alle diese Umstände hervorgerufene Unsicherheit, deren möglichste Verkürzung im Interesse beider Vertragschließenden lag, mußte es ihnen klar machen, daß die Lieferung innerhalb der vorgesehenen Frist die unentbehrliche Voraussetzung für die Vertragserfüllung war, und daß dem Käufer nicht zugemutet werden konnte, dem säumigen Verkäufer weitere Gelegenheit zur Leistung zu geben. Diese Auffassung von der Bedeutung der vereinbarten Abladeklausel entspricht kaufmännischer Anschauung. Sie beruht im wesentlichen auf denselben Erwägungen, die dazu geführt haben, der Zeitangabe bei Überseeabladegeschäften eine besondere Bedeutung beizumessen. Daß die Vertragsparteien das Recht hatten, auf diese Weise die Regelvorschrift des § 326 BGB. auszuschalten, unterliegt bei der Abänderungsfähigkeit dieser Gesetzesbestimmung keinem Zweifel. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 29. Nov. 1916. W. R. w. v. P. & Co. Bf. V. 217/16. Nö.



214. Wandelung hinsichtlich eines Teiles einer größeren Menge.

Vgl. 35 Nr. 116 m. N.; 53 Nr. 80; 59 Nr. 152. 222; 62 Nr. 21; 63 Nr. 242.
BGB. § 469.

Die Klägerin verlangte von der Beklagten die Fortschaffung lagernden Mergels, den ihr die Beklagte in drei Schiffsladungen geliefert und die Klägerin der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit teilweise zur Verfügung gestellt hatte, ferner Ersatz der aufgewandten Lagerkosten. — Das Landgericht hielt die Wandelung nur insoweit für zulässig, als eine ganze Schiffsladung unangetastet zur Verfügung gestellt war. Auf die Berufung der Klägerin wurde auch hinsichtlich des abgewiesenen Anspruchs der Klage stattgegeben aus folgenden Gründen:

„Es handelt sich noch um den Anspruch auf Wegschaffung und auf Kostenersatz der Lagerung, insoweit die Klägerin den Mergel nicht für gut befunden, ausgesondert und zur Verfügung der Beklagten gestellt hat.

Die Mangelhaftigkeit des Mergels und die Rechtzeitigkeit der Rüge sind nicht mehr streitig. Es fragt sich daher nur noch, ob die nach § 462 BGB. gegebene Wandelungsbefugnis dadurch beseitigt wurde, daß die Klägerin einen Teil des Mergels, nämlich denjenigen, den sie mangelfrei befand, aussonderte und verwandte. Das Landgericht nimmt eine derartige Verwirkung des Wandelungsrechts an. Der Senat vermag dem 1. Richter hier nicht zu folgen. Der § 469 BGB., der die hier einschlägigen Fragen behandelt, spricht allerdings von, sei es einzeln oder zusammen verkauften Sachen und versteht dabei wohl unter Sachen, auch soweit sie „als zusammengehörend" verkauft sind, zunächst nur solche Gegenstände, die sich der äußeren Betrachtung als Sondererscheinungen darbieten, also zwar einzelne Stücke einer maschinellen Einrichtung, auch noch in Ballen, Säcke, Kisten verpackte Teile einer gleichartigen Masse, nicht aber die ununterscheidbar zusammengeworfenen Teile eines Haufens von Körnern, Kohlen u. dgl. Es ist aber nicht abzusehen, weshalb, wenn auch weniger der Wortlaut, so doch der Grundgedanke und erkennbare Sinn der genannten Gesetzesvorschrift nicht auch diese letztbezeichnete Art von Sachgesamtheiten ergreifen sollte. Die Grenze beginnt freilich jedenfalls da, wo es sich nicht mehr um gleichartige Teile einer Masse, vielmehr um deren, eine bestimmunggemäße Mischung bildende, verschiedenartige Bestandteile handelt. In Fällen dieser Art wäre es bestimmungwidrig und unwirtschaftlich, wollte man die Zerspaltung der Gesamtsache in ihre unselbständigen, teils mangelfreien, teils mangelhaften Bestandteile ohne Verwirkung des Wandelungsrechts zulassen. Aber gerade der wirtschaftliche Gedanke, wie er sich im § 469 erkennbar verkörpert, führt dahin, die Sonderung von Teilen eines Haufens von Körnern, Kohlen und auch Mergel ohne Antastung des Wandelungsrechts zuzulassen, wenn nicht besondere Umstände entgegenstehen. Es ist auch schwer, einen inneren Unterschied zu begründen zwischen Waren, die üblicherweise in Gebinden gehandelt und verschickt werden, und solchen, die,

meist ihrer natürlichen Beschaffenheit oder ihres geringeren Wertes wegen, in Haufen oder Stapeln in den Verkehr gelangen. Diese Äußerlichkeit, die übrigens bei einzelnen Warenarten, wie z. B. Kartoffeln und Äpfeln, wechselnd hervortritt, kann einen solchen Unterschied nicht ohne weiteres rechtfertigen. Freilich wird häufig die Mühseligkeit und Kostspieligkeit der Aussonderung der guten Teile von den schlechten insbesondere den Käufer von einer Verpflichtung, die Aussonderung vorzunehmen, freihalten. Jene Mühen und Kosten werden dann den „Nachteil" bilden, von dem im Satz 2 des § 469 die Rede ist. Unterzieht sich aber der Käufer, wie er es hier getan hat, freiwillig der Arbeit der Aussonderung der verwendbaren von den unbrauchbaren Stücken, so handelt er wirtschaftlich zweckmäßig, fügt dem Käufer keine Nachteile zu und bewegt sich daher innerhalb der mindestens sinngemäß angewandten Bestimmung des § 469.

Vgl. Entscheidungen, in denen der gleiche Grundgedanke hervortritt: OLG. Hamburg in OLG. Rspr. 13, 416; RG. in SeuffA. 42 Nr. 133; OLG. Hamburg in SeuffA. 66 Nr. 222; RG. in JW. 1917, 478; OLG. Stuttgart in Recht 14, 1675; OLG. Hamburg in Recht 14, 334.

Es steht also von diesem Gesichtspunkt aus der Verpflichtung der Beklagten, auch die Reste der Mergelladung der Dampfer Anita und Anechina wegzuschaffen und für deren Lagerung Kostenersatz zu leisten, nichts im Wege. Dies gilt um so mehr, als die Beklagte durch ihr langes, beharrliches Stillschweigen auf die ihr mitgeteilte Aussonderungsabsicht der Klägerin die Klägerin in ihrem Verhalten bestärkt hat, sie muß sich daher deren Handlungsweise jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben des Verkehrs gefallen lassen.

Es folgt aus dieser Sach- und Rechtslage ohne weiteres, daß die Beklagte verpflichtet war, die gesamte Menge des ihr nach Wandelung zur Verfügung gestellten Mergels fortschaffen zu lassen und, solange sie dieser Verbindlichkeit nicht genügte, das Lagergeld, das die Klägerin selber zahlen mußte, ihr zu vergüten."

Urteil des OLG. zu Kiel (3. Sen.) v. 24. Febr. 1917. Fl. Glashütte w. H. Kalkwerk. U. III. 102/16. SchlHolstAnz. 1917, 173.

---

215. Haftung der Bank, welche Bezugsrechte von Aktien in ihrem Depot ohne ausdrückliche Genehmigung des Besitzers für dessen Rechnung veräußert.

Vgl. 25 Nr. 61.

BGB. §§ 675. 677. 276; DepotG. § 1.

Die verklagte Bank verwahrte und verwaltete für die Klägerin nach Maßgabe ihrer Geschäftsbedingungen u. a. drei Aktien der Oberschles. Akt.-Gesellschaft für Fabrikation von Lignose rc. in Kr. Auf Grund Beschlusses der Generalversammlung v. 8. Mai 1915 wurden 1400 Stück neue Inhaberaktien im Nennwerte von 1000 M ausgegeben und den Aktionären dergestalt

zum Bezuge angeboten, daß auf je eine alte Aktie eine neue Aktie zum Kurse von 150% zuzüglich 5% Stückzinsen für die Zeit vom 1. Januar 1915 bis zum 1. Okt. 1915 gegen Bezahlung des Schlußstempels entfiel. Das Bezugsrecht war bis zum 28. Juni 1915 nachmitt. 5 Uhr bei der Gesellschaftskasse in Kr. und verschiedenen Zeichnungsstellen auszuüben. Am 14. Juni 1915 setzte die Beklagte die Klägerin von dem Beschluß in Kenntnis und bat um umgehende Verfügung über die bei ihr ruhenden drei Aktien. Am 21. Juni 1915 erinnerte die Beklagte an die Verfügung, da die Frist zur Ausübung des Bezugsrechts bereits am 26. in Berlin abliefe. Am 25. Juni 1915 verkaufte sie das Bezugsrecht an der Berliner Börse zu 123% netto für 3690 M, schrieb diesen Betrag der Klägerin gut und teilte ihr dies durch ein am 26. Juni früh zur Post gegebenes Schreiben mit. Am 26. Juni vormittags erhielt die Beklagte den vom 25. Juni datierten schriftlichen Auftrag der Klägerin, für sie drei neue Aktien zu beziehen, worauf die Beklagte noch an demselben Tage der Klägerin telegraphisch und schriftlich den inzwischen erfolgten Verkauf der Bezugsrechte anzeigte. Die Klägerin verwahrte sich sofort gegen den Verkauf der Bezugsrechte und forderte dann Schadenersatz mit dem Antrage, die Beklagte zu verurteilen, ihr drei junge Aktien der Gesellschaft zu liefern.

Das Landgericht gab der Klage statt. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

„Klägerin hatte als Eigentümerin der drei alten Lignose-Aktien das Recht, drei junge Aktien zum Kurse von 150% unter Vergütung gewisser Stückzinsen und des Schlußnotenstempels zu erwerben. Da die drei jungen Aktien einen Wert gegen 10000 M hatten, die Klägerin aber zur Erlangung dieses Wertes nur wenig über 4500 M aufzuopfern brauchte, bedeutet der Erwerb der jungen Aktien einen erheblichen Vermögensvorteil für sie. Diesen Vermögensvorteil hat die Beklagte ihr dadurch vereitelt, daß sie das Bezugsrecht für Rechnung der Klägerin für 3690 M verkauft hat. Sie ist deshalb der Klägerin nach § 276 BGB. schadenersatzpflichtig, insoweit nicht ihr Einwand begründet ist, daß die Klägerin den Verkauf des Bezugsrechts gegen sich gelten lassen müsse und daß event. die Klägerin die überwiegende Schuld oder doch eine Mitschuld treffe.

Unstreitig hat die verklagte Bank diese Aktien in offenem Depot gegen die übliche bankmäßige Vergütung verwahrt und nach Maßgabe ihrer Geschäftsbedingungen in der im Bankverkehr allgemein üblichen Weise für die Klägerin verwaltet.

Das Recht und die Pflicht der nach § 675 BGB. vbd. mit § 1 DepotG. v. 5. Juli 1896 (RGBl. 183) zu beurteilenden Verwaltung umfaßt hiernach die regelmäßig rechtzeitige Einlösung der Zins- und Gewinnanteilscheine, die Besorgung neuer Zins- und Dividendenbogen auf Grund der Erneuerungsscheine, die Überwachung der Ziehungen, die Mitteilungen über die Vorgänge bei der Gesellschaft, welche die Rechte der Aktionäre, insbesondere auch ihrer vermögensrechtlichen Seite, berühren. Ob darüber hinaus in einem Fall

der vorliegenden Art der Bankier noch eine weitere Tätigkeit entwickeln darf und muß, entscheidet lediglich die Vereinbarung.

Vgl. Rießer BankdepotG. § 1 Bem. 11; Staub HGB.[9] 2, 1185 Exk. zu § 424; Cosack Handelsr. 542 unter 4a.

Im Zweifel wird davon auszugehen sein, daß dem Bankier ohne besondere Ermächtigung kein weitergehendes Recht zusteht, daß er insbesondere zur Einzahlung auf nicht vollgezahlte Aktien und zur Ausübung von Bezugsrechten nicht ermächtigt ist, da bei der großen wirtschaftlichen Bedeutung dieser Maßnahmen der Hinterleger regelmäßig allein wird beurteilen können, was für ihn zweckmäßig und geboten ist. In solchen Fällen wird sich der Bankier darauf zu beschränken haben, die Weisung seines Kunden in jedem einzelnen Fall einzuholen. Was von der Ausübung von Bezugsrechten zu gelten hat, hat in noch höherem Maße von deren Verwertung durch Veräußerung zu gelten. Denn es handelt sich dabei um die Verfügung über ein Gläubigerrecht des Aktionärs, das einen Rechtsgrund zum Aktienerwerb in sich schließt. Sie ist der Verfügung über das hinterlegte Papier nicht unähnlich, für deren Gültigkeit, wenigstens wenn der Hinterleger nicht gewerbmäßig Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, die schriftliche Genehmigung gefordert wird (Staub Exk. z. § 424 Anm. 11). Beklagte ist aber Bankier.

Auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung zum Verkauf der Bezugsrechte kann sich die Beklagte nicht berufen. — — —

Es kann sich hiernach nur fragen, ob sich der Verkauf nach den Grundsätzen der auftraglosen Geschäftsführung (§§ 677 ff. BGB.) rechtfertigen läßt. Auch diese Frage ist zu verneinen. Es soll nicht bezweifelt werden, daß die Beklagte mit dem Verkauf der Bezugsrechte die Wahrnehmung der Interessen der Klägerin im Auge gehabt hat. Etwas andres ist es, ob sie damit dem Interesse der Klägerin auch tatsächlich gedient hat und hierbei der mutmaßliche oder wirkliche Wille der Klägerin nach Gebühr berücksichtigt worden ist (§ 677 BGB.). Es handelt sich im vorliegenden Fall um ein Bezugsrecht auf junge Aktien, die ganz erheblich unter dem Kurse der alten Aktien erworben werden konnten, und um die Ausschlagung einer weiteren Beteiligung an einem Unternehmen mit ungewöhnlich glänzenden Gewinnaussichten, die bei der Kriegslage, da es sich um ein Unternehmen handelte, das sich mit der Herstellung von Kriegsmaterial befaßt, unschwer zu beurteilen, und, wie die neuerdings wieder beschlossene Ausgabe junger Aktien beweist, berechtigt waren. Das Interesse der Klägerin wies unzweifelhaft hiernach darauf hin, die Bezugsrechte, selbst wenn durch deren Verkauf ein verhältnismäßig hoher Erlös zu erzielen war, auszuüben, zumal der Klägerin, wie der Bank bekannt war, einstweilig die zum Bezuge der jungen Aktien nötigen Geldmittel zu Gebote standen, der Bezug der jungen Aktien auch insofern keine Schwierigkeiten bot, als auf jede alte Aktie eine neue Aktie entfiel und die Klägerin dem Erwerb von Industriepapieren nicht abgeneigt war.

Bei Prüfung aller einschlagenden Verhältnisse durfte hiernach die Beklagte nicht ohne weiteres annehmen, daß die Klägerin sich ebenfalls zum Verkauf der Bezugsrechte entschließen werde. Sie mußte vielmehr mit einer gegenteiligen Entschließung rechnen, auf welche die Klägerin später auch zugekommen ist, noch bevor sie von der Veräußerung der Bezugsrechte Kenntnis erlangte. Der Entschließung der Klägerin durfte sie um so weniger vorgreifen, als diese nach der Sachdarstellung der Beklagten über eigene Erfahrungen in Bankgeschäften verfügte und ihr nicht unbeträchtliches Vermögen mit großer Selbständigkeit und Umsicht verwaltete. — — —

Hiernach aber ist festzustellen, daß die Bezugsrechte gegen den wirklichen und mutmaßlichen Willen der Klägerin ohne Recht, sei es auch zu ihrem vermeintlichen Wohle verkauft worden sind und die Beklagte hieraus der Klägerin nach den Bestimmungen der §§ 276 ff. BGB. zum Schadenersatze verpflichtet ist.

Ein überwiegendes Verschulden oder die Annahme einer Mitschuld auf Seiten der Klägerin (§ 254 BGB.) kommt nicht in Frage. Daß die Klägerin mit der Beantwortung der Briefe v. 14. und 21. Juni bis zum 25. Juni 1915 gewartet hat, kann insbesondere nach Lage der Sache mit Rücksicht auf ihren eigenen Interessenstandpunkt nicht als regelwidriges Verhalten angesehen werden, da sie mit einem eigenmächtigen Verkauf der Bezugsrechte nach den obigen Ausführungen überhaupt nicht, jedenfalls nicht vor dem 26. Juni zu rechnen brauchte und ihre Anweisung bei der Beklagten noch rechtzeitig vor Ablauf der von dieser selbst festgesetzten Frist eingetroffen war. Insoweit fällt der Klägerin weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last. An der Beklagten wäre es gewesen, sofort alles zu tun, um den eingetretenen Schaden abzuwenden und zu vermindern und noch am 26. Juni den Versuch zu machen, die Bezugsrechte an der Berliner Börse zu einem annehmbaren Preise zurückzuerwerben.

Der Schadenersatz ist durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu leisten (§ 249 BGB.) mit der Maßgabe, daß die Beklagte an Stelle der Bezugsrechte die inzwischen dafür ausgegebenen jungen Aktien gegen Erstattung der nach den Bezugsbedingungen zu bewirkenden Aufwendungen und des durch den Verkauf der Bezugsrechte erzielten und der Klägerin gutgeschriebenen Erlöses von 3690 ℳ nebst 4% Zinsen davon seit dem 26. Juni 1915 der Klägerin zu verschaffen hat."

Urteil des OLG zu Dresden (1. Sen.) v. 15. Febr. 1917. T. w. D. Bank, 1 O. 172/16. Die Revision wurde zurückgewiesen, III. 136/17, durch Urt. v. 6. Juli 1917. —n—

---

216. Die gesteigerte Haftung des entmündigten Verschwenders aus § 819 BGB. setzt Kenntnis des Vormundes voraus.

BGB. §§ 819. 114.

Der Kläger verlangte die Rückzahlung von Darlehen, die er der Beklagten in Unkenntnis ihrer Entmündigung wegen Verschwendung geliehen haben

wollte. Die Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen; die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Beklagte hat die Gelder, die sie vom Kläger während der Geltung ihrer Entmündigung wegen Verschwendung erhalten hat, auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt; denn die Darlehen, denen die Gelder dienen sollten, sind mangels Genehmigung ihres Vormundes unwirksam geblieben (§§ 114. 108 BGB.). Sie ist also an sich verpflichtet, dem Kläger das Erlangte herauszugeben (§ 812 BGB.). Aber diese Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten oder zum Wertersatz ist ausgeschlossen, wenn sie nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3 BGB.). Das Ber.-Gericht hat den Beweis, daß die Bereicherung schon bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Klaganspruchs fortgefallen war, für erbracht erklärt.

Das Ber.-Gericht prüft weiter zu § 819 Abs. 1 BGB., ob die Beklagte, weil sie beim Empfange der Gelder ihre Entmündigung gekannt habe, zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet sei, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe schon zu Zeiten ihres Geldempfanges rechtshängig geworden wäre. Aber es verneint eine solche gesteigerte Haftung, weil hier erforderlich gewesen wäre, daß der Vormund der Beklagten den Mangel des Rechtsgrundes gekannt, dieser aber bei den Geschäften nicht mitgewirkt habe. Die Revision vertritt dagegen die Ansicht, für die gesteigerte Haftung nach § 819 Abs. 1 BGB. sei nur entscheidend, ob ‚der Empfänger', hier also die Beklagte, den Mangel des rechtlichen Grundes gekannt habe. Diese Ansicht muß abgelehnt werden. Sie würde dazu führen, der Beklagten den Schutz, den ihr die Entmündigung wegen Verschwendung gegen nachteilige Verpflichtungen gewähren soll, tatsächlich wieder zu entziehen. Kraft der Entmündigung einem Minderjährigen, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, gleichgestellt, war sie rechtlich außerstande, ohne Einwilligung des Vormundes ein rechtswirksames Darlehn aufzunehmen (§§ 107. 114 BGB.). Sie ist infolgedessen auch nicht nach § 607 BGB. verpflichtet, dem Kläger das als Darlehn empfangene Geld zurückzuerstatten. Es hieße aber diese Erstattungspflicht, die für sie als Entmündigte bei den ohne Einwilligung des Vormundes aufgenommenen Darlehen entfällt, auf einem Umwege der Beklagten wieder auferlegen, wenn man sie bloß wegen der eigenen Kenntnis ihrer beschränkten Geschäftsfähigkeit nach § 819 Abs. 1 BGB. für verpflichtet erklären wollte, das Geld, das sie vom Kläger empfangen hat, ihm alsbald wieder herauszugeben. Die Annahme einer derart gesteigerten Haftung ist mit dem Sinne der hier einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen nicht zu vereinen. Im Sinn des § 819 Abs. 1 BGB. kann unter der Kenntnis des Empfängers vom Mangel des rechtlichen Grundes, an die das Gesetz die Rechtsfolge seiner gesteigerten Haftung knüpft, nicht schon die rechtlich belanglose Kenntnis eines Geschäftsunfähigen verstanden werden. Vielmehr muß hier, wo der Kenntnis des Empfängers ähnliche Wirkungen beigelegt sind, wie sie einem rechtsgeschäftlich gestalteten Verhältnis

angehören, von der Kenntnis der beschränkt geschäftsunfähigen Beklagten gänzlich abgesehen und das entscheidende Gewicht allein auf die Kenntnis ihres Vormundes gelegt werden. Dies entspricht auch dem Grundgedanken, der die Vorschriften der §§ 107. 166 Abs. 1 BGB. beherrscht, wonach ein beschränkt Geschäftsfähiger zu verpflichtenden Willenserklärungen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf (§ 107) und wonach der Beurteilung der rechtlichen Folgen einer durch Willensmängel beeinflußten Willenserklärung die Kenntnis des Vertreters, nicht des Vertretenen, in Betracht kommt (§ 166 Abs. 1). Daß aber hier der Vormund der Beklagten von ihren Geldempfängen keine Kenntnis hatte, hat das Ber.-Gericht festgestellt, wird auch von der Revision nicht beanstandet. Darnach ist der § 819 Abs. 1 BGB. ohne Rechtsirrtum für unanwendbar erklärt worden."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 1. Febr. 1917. K. (Kl.) w. J. (OLG. Dresden). IV. 401/16.

---

217. Verstoß gegen die guten Sitten beim Vertriebe von Markenartikeln.

Vgl. 60 Nr. 174; 68 Nr. 213; 69 Nr. 243; 71 Nr. 253.
UnlWG. § 1; BGB. § 138.

Die Klägerin stellt eine bestimmte Zigarettenmarke her. Zum Schutze gegen Preisunterbietungen im Kleinhandel müssen ihre Abnehmer sich bei Vermeidung von Vertragsstrafen verpflichten, die Zigaretten nicht unter dem von der Klägerin bestimmten Kleinverkaufspreis an das Publikum abzugeben und die Ware an andre Händler nur dann weiter zu geben, wenn diese sich auch ihrerseits verpflichten, die Preise und die Bedingungen einzuhalten, die die Klägerin an den Verkauf ihrer Erzeugnisse knüpft. Die Beklagten verkauften diese Zigaretten unter dem von der Klägerin bestimmten Preise. Sie hatten die Ware nicht von der Klägerin, sondern von einer anderen Firma bezogen, die sie gleichfalls nicht von der Klägerin bezogen hatte. Die Klägerin erblickte hierin einen Verstoß gegen die guten Sitten. Sie klagte auf Unterlassung, wurde aber in allen Instanzen abgewiesen. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Der Ber.-Richter nimmt zutreffend an, daß ein Händler, der einen reverslich gebundenen Abnehmer der Klägerin veranlaßt, ihm unter dem festgesetzten Mindestpreis Zigaretten zu verkaufen, unlauter handle; daß eine derartige Verleitung zum Vertragsbruch gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße. Zur Abweisung der Klage ist er gelangt, indem er in erster Linie im bewußten Gegensatz zu der von andern Oberlandesgerichten vertretenen Ansicht, verneint, daß jede Ausnutzung eines von einem früheren Lieferanten, einem Vormann, begangenen Vertragsbruchs schlechthin unsittlich sei. Es könne, führt der Ber.-Richter aus, nicht schon als unlauter angesehen werden, wenn ein Gewerbtreibender, der ebensowenig wie sein



Lieferant in einem vertraglichen Verhältnis zu der Klägerin steht, die Ware zu einem ihrem Wert vielleicht durchaus angemessenem Preise erwirbt, obwohl er weiß, daß der Fabrikant einen höheren Mindestpreis festgesetzt hatte, er also damit rechnen muß, daß der jetzige geringere Preis auf einen von einem Zwischenhändler begangenen Vertragsbruch zurückzuführen ist, und wenn er dann die Ware zu einem niedrigeren Preise als dem vom Fabrikanten festgesetzten wieder abgibt.

Dem ist aber nicht beizutreten. Wenn der Erwerber weiß, daß die Ware ein mit der Preisangabe versehener Massenartikel, auf dem Wege eines Vertragsbruchs erlangt worden ist, so macht er sich regelmäßig an diesem Vertragsbruch durch den Erwerb mitschuldig und unterstützt ihn; er nutzt ihn planmäßig zu seinem Vorteil zur Schädigung aller derjenigen seiner Mitbewerber aus, die an die Abmachungen mit der Klägerin gebunden sind und sich an sie auch halten und daher nur zu ungünstigeren Bedingungen verkaufen können als er es, lediglich infolge seiner Beteiligung an dem Vertragsbruch, zu tun vermag. Er erlangt auf diese Weise einen durch nichts zu rechtfertigenden Vorsprung vor den redlichen Mitbewerbern. Eine dingliche Wirkung der (vertraglichen) Preisfestsetzung des Fabrikanten wird bei der dem Ber.-Richter gegensätzlichen Auffassung nicht herbeigeführt, und es ist auch nicht zutreffend, was der Ber.-Richter ferner meint, daß sonst eine unerträgliche Bindung des Handels verursacht und es dem Fabrikanten ermöglicht würde, den Preis seiner Fabrikate zum Schaden der Verbraucher dauernd auf einer ihrem tatsächlichen Wert vielleicht keineswegs entsprechenden Höhe zu halten. Es wird vielmehr nur eine Unterbindung des unlauteren Handels, eines Handels, der auf bewußtes Ausnutzen sittenwidriger Maßnahmen Andrer zu eigenem Vorteil und zur Schädigung der Mitbewerber abzielt, statthaben, und es wäre auch dem Fabrikanten bei derartigen Markenartikeln, wie sie hier allein in Frage stehen und wie sie von entsprechender Art und Güte auch anderweit vielfältigst hergestellt werden, nicht möglich, den Preis übermäßig hoch zu halten; wollte das der Fabrikant zu tun versuchen, so würde er die Kundschaft für seine Marke in kurzem verlieren.

Der Ber.-Richter hat aber die Klage, auch wenn die Ausnutzung eines bei früherer Gelegenheit von dritten Personen begangenen Vertragsbruchs als unsittlich zu gelten habe, im vorliegenden Fall dennoch für unbegründet erachtet, weil nicht dargetan sei, daß die Beklagten davon Kenntnis gehabt hätten, daß nur auf unlautere Weise die Zigaretten der Klägerin zu dem niedrigeren Preise in ihre Hände gelangen könnten. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 11. Januar 1916. Y. (Kl.) w. H. u. Gen. (OLG. Hamburg). Auch in RGEntsch. 88. Nr. 3, S. 9.

---

218. Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers.

Vgl. 70 Nr. 58 m. N.
BGB. §§ 930. 868.

Die Firma K. & Co. nahm im Konkurse über das Vermögen des Kaufmanns F. dessen gesamtes, zur Zeit der Konk.-Eröffnung vorhandenes Warenlager aussonderungweise in Anspruch zur Deckung ihrer vom Konk.-Verwalter anerkannten Forderung von 2238 M, indem sie behauptete, F. habe ihr mit Sicherungsübereignungs-Vertrag v. 20. Febr. 1914 das Eigentum an seinem gesamten Warenlager im Werte von 9000 M und an den aus dem Erlös für die in der Zwischenzeit verkauften Waren neu angeschafften Waren übertragen. Da der Konk.-Verwalter das beanspruchte Aussonderungsrecht bestritt, erhob sie Klage gegen ihn auf Feststellung, daß ihr an den vorhandenen Warenvorräten, wie sie in dem der Klageschrift beiliegenden Verzeichnis aufgeführt seien, ein Aussonderungsrecht zustehe. — Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Verträge zur Sicherungsübereignung dienen im allgemeinen der Sicherstellung von Gläubigern, die ihre Forderungen für gefährdet ansehen. Sie haben daher die Vermutung für sich, daß der Gläubiger den ernstlichen Willen hatte, seine Forderung zu sichern und sich zu deren Sicherheit das Eigentum an Sachen des Schuldners übertragen zu lassen (Recht 1910 Nr. 1063). Anderseits muß jedoch die zu unerlaubten Zwecken leicht auszubeutende Möglichkeit des Abschlusses derartiger fiduziarischer Rechtsgeschäfte Anlaß geben, die objektiven Erfordernisse solcher Verträge besonders scharf zu prüfen;

Brettner im Recht 1906, 920 ff; SeuffA. 58 Nr. 123; JW. 1904, 6[8] und 499[22].

Als Voraussetzung für die Anerkennung der Rechtswirksamkeit einer solchen Sicherungsübereignung von Sachen ist zu fordern, daß eine wirkliche Übertragung der Vermögensstücke des Schuldners in das Eigentum des Gläubigers stattfindet. Bei einem Warenlager ist eine genaue Aufzeichnung der zu übertragenden Sachen zu verlangen.

Im gegebenen Fall sind Zweifel an der Ernstlichkeit des Willens zur Eigentumsübertragung veranlaßt durch den Umfang der Übereignung, den übermäßig hohen Wert der übertragenen Sachen mit 9000 bis 12000 M und den verhältnismäßig geringen Betrag der Forderung des Gläubigers mit nur 2238 M. Auffällig ist auch, daß hier bei der Übereignung eines großen Warenlagers nur die einzelnen Warengattungen nach dem ungefähren Wert angegeben, nicht aber die Stückzahl, die Nummern oder sonstige genaue Identitätsbehelfe für die übereigneten Waren aufgezeichnet wurden. Der bedenklichen Tatsache, daß der Schuldner die Grundlage seiner ganzen Existenz, sein gesamtes Warenlager, dem Gläubiger zu übereignen erklärte, steht als genugsam deutlicher Hinweis auf die Nichternstlichkeit dieses erklärten Willens die Erklärung des Gläubigers gegenüber, daß der Schuldner die Waren nach

wie vor im eigenen Namen als Kommissionär veräußern, den Erlös hieraus aber ohne Abrechnungspflicht zur Bestreitung seines Lebensunterhalts und zur Schuldenzahlung, also ganz nach eigenem Belieben zur Deckung seiner Bedürfnisse verwenden dürfe; ja nicht einmal eine Verpflichtung, den nach Bestreitung des Lebensunterhalts und nach Tilgung der fälligen Schulden verbleibenden Rest des Warenerlöses zur Erhöhung des Warenlagers aufzuwenden, ist dem Schuldner auferlegt. Nur die Waren, die er freiwillig zur Erhöhung seines Warenlagers aus solchem Rest anschaffte, sollten sofort ins Eigentum der Klägerin übergehen. Der Umstand daß die Übereignung das gesamte Warenlager des Schuldners umfaßte, mag auf den ersten Blick die Aufnahme eines genauen Verzeichnisses als überflüssig erscheinen lassen; allein bei der Beschaffenheit der Waren, bestehend in Kleiderstoffen, Baumwollwaren, Tuch- und Buxkin-, Kurz-, Weiß- und Wollwaren rc. können Zweifel darüber, ob solche in den Familienschränken verwahrte Waren nicht auch zum Warenlager gehören, nur zu leicht auftauchen und nur durch genaue Aufzeichnung der übereigneten Sachen beseitigt werden. Bei kleinen Kaufläden spielt außerdem die Lieferung von Waren unter Eigentumsvorbehalt, z. B. schlecht zahlenden Kunden gegenüber, eine große Rolle. Auch unter den nachträglich angeschafften Waren können sich solche befunden haben. Mit Rücksicht auf diese Umstände kann auch bei Übereignung eines ganzen Warenlagers die Aufnahme eines Einzelverzeichnisses der zu übereignenden Waren nicht entbehrt werden. Mangels eines solchen Verzeichnisses sind die zu übereignenden Gegenstände nicht genügend bestimmt und kenntlich gemacht. Es ist demnach ein ernstlicher Wille, das Eigentum auf die Klägerin zu übertragen, nicht als vorgelegen anzusehen;

Vgl. Recht 1909 Nr. 70; LeipzZ. 1911, 705; Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1911, 209.

Auch ein rechtswirksames Besitzkonstitut kann nicht als vereinbart angesehen werden. Bei einem Warenlager, dessen weitere Veräußerung dem Übereignenden verbleibt, muß besonders scharf geprüft werden, ob den Erfordernissen des § 930 BGB. genügt ist. Der Wille des Schuldners, für den zu sichernden Gläubiger zu besitzen, muß äußerlich erkennbar gemacht sein. Die Waren mußten z. B. in den Büchern auf den Namen des zu sichernden Gläubigers umgeschrieben oder sonst äußerlich erkennbar seinem Eigentumswillen unterstellt sein. Im gegebenen Fall könnte auch nur dann ein die Übergabe ersetzendes Rechtsverhältnis i. S. des § 868 BGB. als vereinbart angesehen werden, wenn der Übereigner als Verwahrer schuldrechtlich zur Anschaffung von Ersatzstücken für die verbrauchten Waren verpflichtet wäre. Eine solche Verpflichtung ist aber dem Schuldner nicht auferlegt worden. Darin, daß der Sicherungsübereigner als Geschäftsführer zum Verkauf der übereigneten Waren bestellt wird, kann kein rechtswirksames contitutum possessorium erblickt werden;

vgl. SchleswHolstAnz. 1910, 287; JW. 1911, 762[21]; Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1911, 209.

Der Eigentumsübertragungswille muß auch bezüglich der neuangeschafften Ersatzwaren äußerlich erkennbar gemacht sein; (HansGZ. 1911 Beibl. S. 227; Aufsatz in JW. 1910, 140). Ein lediglich abstrakt gedachtes constitutum possessorium kann auch den Erfordernissen des § 930 BGB. nicht entsprechen;

Sächs. OLG. Ann. 31, 377; Oertmann in DJZ. 1911, 1178; SeuffA. 66 Nr. 51; DJZ. 1903, 153.

Soweit aber im Vertrag v. 20. Febr. 1914 ein Kommissionsverhältnis zwischen dem Sicherungsübereigner und dem Gläubiger verabredet sein soll, mangelt es an einer Verpflichtung des angeblichen Kommissionärs zu regelmäßiger Abrechnung und zur Ablieferung des ganzen oder eines zu berechnenden Teiles des Erlöses. Die dem Schuldner erteilte Befugnis, seinen Lebensunterhalt ohne jede Einschränkung aus dem Erlös der von ihm zu veräußernden Waren zu bestreiten, auch seine sonstigen Schulden aus dem Warenerlös begleichen zu dürfen, läßt in Verbindung damit, daß ihm keine Verpflichtung auferlegt wurde, vielmehr nur eine Befugnis zuerkannt ist, den Rest des Erlöses zum Ankauf von benötigten Ersatzwaren zu verwenden, ein wirkliches Kommissionsverhältnis nicht als gewollt und vereinbart ansehen;

Vgl. Hoeniger in Zeitschr. d. Notar-Vereins 1911, 177; Weisler ebenda S. 546; LeipZ. 1911, 417 ff; 1908, 105; Recht 1909 Nr. 73.

Dem angefochtenen Urteil ist demnach auch darin beizupflichten, daß ein die Übergabe ersetzendes Rechtsverhältnis i. S. des § 868 BGB. im Vertrag v. 20. Febr. 1914 nicht vereinbart worden ist.

Eine solche äußerlich nicht erkennbar gemachte Sicherstellung eines einzelnen Gläubigers durch Übertragung des ganzen Warenlagers nebst allen neu anzuschaffenden Ersatzwaren ist auch als ein unredliches Winkelgeschäft anzusehen, durch das den redlichen Gläubigern jede Möglichkeit, sich aus den scheinbar vorhandenen Vermögenswerten ihres Schuldners zu befriedigen, förmlich entzogen wird und sie veranlaßt werden, einem kreditunwürdigen Schuldner weiter Kredit zu gewähren. Es ist daher auch die Nichtigkeit solcher Winkelzüge besonders zu betonen;

vgl. DJZ. 1904, 1041; RGEntsch. 77, 202. 209. 210; 66, 262 ff.

— — —"

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 5. Juli 1916. K. & Co. w. Sch. L. 208/16. F—z.

---

219. Ist Nichteinhaltung des versprochenen Religionswechsels ein Ehescheidungsgrund?

BGB. § 1568.

Zur Begründung der Scheidungsklage hat der Kläger geltend gemacht, daß die Beklagte ihm — was sie zugibt — vor und nach der Heirat wiederholt

unter Ehrenwort versprochen habe, zum Judentum überzutreten und dies Versprechen nicht gehalten habe. Das Ber.-Gericht hat es abgelehnt, dem Kläger hierin zu folgen. Es führt aus: ein solcher Übertritt sei für eine geistig gebildete Frau, wie es die Klägerin sei, eine besonders ernste Sache, die reiflichster Überlegung bedürfe und kaum ohne innere schwere Kämpfe abzumachen sei. Das Versprechen, den Übertritt vorzunehmen, sei, wenn es auch noch so ernsthaft gemeint sei, viel leichter abzugeben als zu erfüllen. Daß bei der Beklagten derartige ernsthafte sittliche Bedenken aufgetaucht seien, sei nach ihren Briefen anzunehmen. Gewiß hätte sie sich das vorher überlegen und das Versprechen nicht abgeben und nicht wiederholen sollen. Vermöge sie aber das einmal abgegebene Versprechen nur zu erfüllen indem sie ihren Gewissensbedenken Gewalt antue, so könne in ihrer Erfüllungsweigerung eine schuldhafte Handlung, wie sie für das Vorliegen eines Scheidungsgrundes erforderlich sei, nicht gefunden werden.

Diese von der Revision bekämpften Ausführungen können nur gebilligt werden. Es ist weder ein ehrloses oder unsittliches Verhalten noch eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, wenn die Beklagte sich weigert, lediglich aus äußeren Gründen und ohne innere Überzeugung ihren Glauben zu wechseln. Dies um so weniger, als, wie das Ber.-Gericht an andrer Stelle ausdrücklich feststellt, der Kläger selbst dem Übertritt nur „eine mehr äußere Bedeutung" beigelegt habe. An dieser Beurteilung kann das frühere ehrenwörtliche Versprechen nichts ändern. Vielmehr würde gerade dieses Versprechen, wenn es ohne eine solche innere Überzeugung abgegeben ist, gegen die guten Sitten verstoßen und die Beklagte nicht binden können. — — —

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 10. Mai 1917. M. w. M. (KG. Berlin). IV. 45/17.

---

220. Standesmäßiger Unterhalt einer von ihren Verwandten unterhaltenen Ehefrau; Einfluß des Krieges?

Vgl. 63 Nr. 162 m. N.; 69 Nr. 216.

BGB. §§ 1608. 1610.

Die Klägerin, die mit ihrer verwitweten Mutter und noch einem Bruder in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebte, forderte von der Mutter die Gewährung standesmäßigen Unterhalts in Höhe von 1855 ℳ vierteljährlich, weil ihr Mann infolge des Krieges ihr keinen Unterhalt gewähren könne. Zugesprochen wurden ihr 900 ℳ vierteljährlich. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Streit herrscht unter den Parteien nur noch über die Höhe des der Klägerin von der Beklagten zu gewährenden Unterhalts. In dieser Beziehung hält das Oberlandesgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht für entscheidend die Lebensstellung des Ehemannes der Klägerin, dessen Unvermögen

zur Unterhaltsgewährung die Unterhaltspflicht der Beklagten gemäß § 1608 BGB. erst begründe. Und zwar ist das Oberlandesgericht der Ansicht, daß lediglich die Lebensstellung des Ehemannes der Klägerin entscheidend in Betracht komme. Ausdrücklich ausgesprochen wird insbesondere, unrichtig sei die Annahme der Klägerin, daß bei der Bemessung ihres standesmäßigen Unterhalts auch die Vermögensverhältnisse der Beklagten wenigstens insoweit zu berücksichtigen seien, als sie wegen der zwischen den Parteien bestehenden verwandtschaftlichen Beziehungen auf die Lebensstellung der Klägerin Einfluß ausübten.

Der Standpunkt des Oberlandesgerichts, daß lediglich die Lebensstellung des Ehemanns die Lebensstellung der Klägerin bestimme und damit nach § 1610 Abs. 1 BGB. allein maßgebend sei, wird von der Revision mit Recht als unrichtig bekämpft. In vollem Gegensatze zu dem letzten der soeben aus den Darlegungen des Oberlandesgerichts mitgeteilten Sätze ist schon in der Begründung zu den inhaltlich mit § 1610 Abs. 1 BGB. übereinstimmenden § 1488 Abs. 2 Entw. gesagt (Mot. 4, 697/698): aus der Vorschrift ergebe sich von selbst, daß bei der Bestimmung des Maßes des Unterhalts auch die Vermögensverhältnisse des einzelnen Verpflichteten insoweit in Betracht zu ziehen seien, als sie wegen der zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten bestehenden besonderen Beziehungen auf die Lebenshaltung des Berechtigten von Einfluß seien. Im Anschluß an diese Stelle in der Begründung des 1. Entwurfs hat der erkennende Senat bereits durch Urteil v. 5. Januar 1916, IV. 189/15, ausgesprochen, daß die Lebensstellung einer die Gewährung von Unterhalt fordernden Ehefrau nicht ausschließlich nach dem gegenwärtigen sozialen Stande und dem augenblicklichen Vermögens- und Erwerbsverhältnissen ihres Ehemannes zu beurteilen sei, sondern daß auch auf die gesamten Verhältnisse der Familie, insbesondere auf die gesellschaftliche Stellung und die Vermögensverhältnisse ihrer und ihres Ehemannes Eltern Rücksicht zu nehmen sei, die dauernd ihren Einfluß auf die Lebensstellung der Ehefrau und ihres Ehemannes ausübten. Ebenso hat der Senat, und zwar schon wiederholt — vgl. das Urteil v. 20. April 1914, IV. 709/13 (in SeuffA. 69 Nr. 216), die dort angezogenen älteren Erkenntnisse und aus der neuesten Zeit das Urteil v. 16. März 1916, IV. 392/15, — seiner Ansicht Ausdruck gegeben, daß die Lebensstellung von Kindern im Rahmen der gesamten Verhältnisse ihrer Familie beurteilt werden müßte, daß dort insbesondere auch auf die gesellschaftliche Stellung und die Vermögensverhältnisse der Großeltern Rücksicht genommen werden müßte, die ihren fortwirkenden Einfluß auf die Stellung des Kindes und seines Vaters behielten. An diesen rechtsgrundsätzlichen Ausführungen ist festzuhalten. Mit ihnen befindet sich das oberlandesgerichtliche Urteil aber nicht im Einklange. Ihnen gegenüber kann sich das Oberlandesgericht, was die Verpflichtung der Verwandten betrifft, einer Ehefrau Unterhalt zu gewähren, auch nicht, wie es das anscheinend tun will, darauf berufen, daß diese

Verpflichtung nach § 1608 BGB. nur insoweit eintritt, als der an sich vor den Verwandten haftende Ehemann bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Für das Maß des der Ehefrau zu gewährenden Unterhalts ist die Frage, in welcher Reihenfolge ihr Ehemann und ihre Verwandten haften, ohne Bedeutung. — — —

Nicht ganz einwandfrei erscheinen die Darlegungen des Oberlandesgerichts schließlich insoweit, als gesagt ist, die durch die augenblicklichen Güterverhältnisse hervorgerufene Verteuerung des Lebensunterhalts sei nicht zu berücksichtigen, denn sie treffe, möge sie auch bei beschränkteren Einkommensverhältnissen schwerer empfunden werden, alle daran in Mitleidenschaft gezogenen Personen gleichmäßig, beschränke auch die Ansprüche der Klägerin an die Lebensführung gegenüber ihrem Manne auf ein bescheidenes Maß und könne deshalb nicht zur Erweiterung ihrer Ansprüche gegenüber der Beklagten führen. Gewiß nötigen die heutigen Zeitverhältnisse, wie sie durch den Krieg hervorgerufen sind, jedermann zur Einschränkung seiner Ansprüche. Trotzdem aber kann bei der erheblichen Verteuerung aller Lebensbedürfnisse der Geldbetrag, den ein Unterhaltsberechtigter zu seinem standesmäßigen Unterhalt aufwenden muß, höher sein, als er es unter gewöhnlichen Umständen sein würde. Anderseits kann freilich der Krieg auch auf das Maß dessen einwirken, was der Unterhaltsverpflichtete ohne Gefährdung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts zu gewähren imstande ist, der Einfluß braucht sich aber durchaus nicht auf beiden Seiten in gleicher Weise bemerkbar zu machen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 4. Dez. 1916. B. (Kl.) w. W. (OLG. Hamburg). IV. 346/16.

---

221. Voraussetzungen einer Auseinandersetzung zwischen Vater und Kind nach dem Tode der Mutter.

BGB. §§ 1630 Abs. 2, 1796. 2042.

Aus der Ehe des Rentners G. ist eine im Jahre 1901 geborene Tochter hervorgegangen. Das Amtsgericht hatte Bedenken gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit des von dem Vater des Kindes gemäß § 1640 eingereichten Verzeichnisses über den Nachlaß der Mutter. Nachdem der Vater eine im Wege gütlicher Einigung herbeigeführte Auseinandersetzung abgelehnt hatte, wurde ihm die Vertretung des Kindes insoweit entzogen, als es sich um die Frage handelte, ob eine Auseinandersetzung zwischen ihm und dem Kinde hinsichtlich des Nachlasses der Mutter stattfinden solle. Die Beschwerde gegen diesen Beschluß hatte keinen Erfolg. Auch die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

„Das Landgericht hat die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Auseinandersetzung mit dem Kinde zutreffend aus der Vorschrift des § 2042 BGB. entnommen, daß jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung ver-

langen kann. Ob das Kind ein solches Verlangen an den Beschwerdeführer richten soll, ist Gegenstand der gegenwärtigen Entscheidung.

Kommen Umstände zur Kenntnis des Vormundschaftsgerichts, welche dafür sprechen, daß die Auseinandersetzung zwischen dem Vater und dem Kinde wegen des von ersterem verwalteten Vermögens im Interesse des Kindes geboten ist, und daß bei der Entscheidung, ob sie stattfinden soll, das Interesse des Kindes zu dem des Vaters in erheblichem Gegensatz steht, so hat das Vorm.-Gericht zu prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 1796. 1630 Abs. 2 S. 2 BGB. vorliegen. Darüber, ob die Auseinandersetzung erfolgen soll, hat an sich gemäß § 1627 BGB. der Vater des Kindes als Verwalter des Vermögens desselben zu entscheiden. In einem solchen Fall ist aber zu erörtern, ob nicht bei der Entscheidung der beregten Zweckmäßigkeitsfrage die Interessen des Vaters und des Kindes in einem solchen erheblichen Gegensatz stehen, daß es gerechtfertigt ist, insoweit die gesetzliche Vertretung des Kindes dem Vater zu entziehen, also die Entscheidung, ob das Kind vom Vater die Auseinandersetzung verlangen soll, in andre Hand als die des Vaters zu legen (vgl. KGJ. 31 A, 10; Recht 15, 2525). Die Frage, ob ein solcher Interessengegensatz besteht, hat das Vorm.-Gericht nach seinem freien, pflichtmäßigen Ermessen zu entscheiden. Darauf, daß das Gericht von diesem Ermessen einen unangemessenen Gebrauch macht, den Interessengegensatz mit Unrecht angenommen habe, kann die weitere Beschwerde nach § 27 FGG. nicht gestützt werden, es sei denn, daß bei der Ausübung des Ermessens wesentliche tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte übersehen seien. Die Ausführungen des Landgerichts lassen aber einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der Beschwerdeführer hat geltend gemacht, daß ein erheblicher Gegensatz zwischen seinem und seines Kindes Interesse nur im Fall seiner Wiederverheiratung eintreten könne, alsdann aber der § 1669 BGB., welcher die Verpflichtung zur Auseinandersetzung begründet, in Betracht komme und die einfache Möglichkeit eines Interessengegensatzes zur Entziehung der Vertretungsmacht nicht genüge. Allerdings ist richtig, daß Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1796 BGB. ist, daß ein Interessengegensatz der dort bezeichneten Art wirklich besteht, und die bloße Möglichkeit, daß sich ein solcher ergeben könne, nicht ausreicht (vgl. RJA. 2, 221 = OLGRspr. 4, 119; KGJ. 29 A, 28). Allein das Landgericht hat für den vorliegenden Fall rechtlich bedenkenfrei das Bestehen eines erheblichen Gegensatzes zwischen dem Interesse des Beschwerdeführers und dem des Kindes festgestellt. Ein Interessengegensatz liegt vor, wenn die Interessen der Beteiligten derart verschieden sind, daß die Förderung des einen Interesses nur auf Kosten des anderen geschehen kann (KGJ. 29 A, 24). Daß vorliegend das Interesse des Kindes auf die Herbeiführung der Auseinandersetzung mit dem Beschwerdeführer gerichtet ist, stellt eine Annahme der Vorinstanzen dar, die rechtlich nicht zu beanstanden ist. Insbesondere liegt die genaue Feststellung des Nachlasses seiner Mutter und dementsprechend des ihm aus demselben zu-

fallenden Vermögens wesentlich im Interesse des Kindes. Anderseits ist das eigene Interesse des Beschwerdeführers auf die Aufrechterhaltung der Erbgemeinschaft mit dem Kinde gerichtet, indem es für ihn nach Lage der Umstände offenbar von wirtschaftlichem Wert ist, nicht genötigt zu sein, größere Teile des von ihm verwalteten, seinen Zwecken dienstbar gemachten Vermögens seiner Frau auszuscheiden und dem Kinde zu überweisen. Hiernach geht das Interesse des letzteren nicht in der gleichen, sondern gerade in der entgegengesetzten Richtung wie das des Beschwerdeführers. Der schon hieraus sich ergebende Gegensatz der beiden Interessen ist noch besonders dadurch in die Erscheinung getreten, daß der Beschwerdeführer es abgelehnt hat, die ihm angesonnene Auseinandersetzung mit dem Kinde herbeizuführen. Ist aber hiernach das Bestehen eines erheblichen Gegensatzes zwischen den Interessen des Beschwerdeführers und denjenigen seines Kindes rechtlich bedenkenfrei festgestellt, so ist es als gerechtfertigt anzuerkennen, dem Beschwerdeführer die Vertretung des Kindes für die Entscheidung der Frage, ob die Auseinandersetzung des Kindes mit dem Beschwerdeführer stattfinden soll, zu entziehen (vgl. auch KGJ. 35 A, 9."

Beschluß des KG. zu Berlin (Sen. 1a) v. 8. Dez. 1916. 1a X. 918/16. SchlHolstAnz. 1917, 153.

---

222. Haftung des Vormundes bei einer Teilung der vormundschaftlichen Geschäfte.

Vgl. 63 Nr. 163 m. N.
BGB. §§ 1797. 1833.

Der Beklagte war der Vormund des Klägers; Mitvormund war der Bankier Curt M., Mitinhaber der Firma Hermann M., welche im August 1902 ihre Zahlungen einstellte. Damals betrug das Guthaben des Klägers bei der Firma mehr als 270000 ℳ. Der Kläger behauptete, durch den Zusammenbruch der Firma einen Schaden von etwa 150000 ℳ erlitten zu haben, für den ihm der Beklagte aus schuldhafter Verletzung seiner Pflichten als Vormund zu haften habe. — Das Oberlandesgericht hat entgegen dem Landgericht die Klage abgewiesen. Aus den Gründen:

„Zwischen Vormund und Mündel besteht ein familienrechtliches Schutz- und Verpflichtungsverhältnis. Der Vormund haftet für die volle im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Verletzt er diese schuldhaft, so ist er zum Ersatz des hierdurch dem Mündel entstehenden Schadens verpflichtet (BGB. §§ 1833 Abs. 1 Satz 1, 276). Das Verschulden wird regelmäßig nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vormund zu dem vollzogenen Rechtsgeschäft die Genehmigung des Vorm.-Richters erlangt hatte; denn die Genehmigung ist nur eine Sicherungsmaßregel im Interesse des Mündels, sie dient nicht zur Deckung des Vormunds. Maßgebend für die Beurteilung der Sorgfaltspflicht ist die Lage der Dinge zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts;

daß später aus nicht vorhersehbaren Ereignissen ein Nachteil entstanden ist, begründet die Haftuug nicht.

Mitvormünder haben die Vormundschaft gemeinschaftlich zu führen (BGB. § 1797 Abs. 1 Satz 1); sie müssen also die Vertretung wie die Verwaltung mit gesamter Hand ausüben. Erfordert die Sachlage eine Teilung der vormundschaftlichen Geschäfte, so können die Mitvormünder sie untereinander vornehmen; mit voller Rechtswirkung kann sie aber nur durch eine (nicht an Schriftform gebundene) Verfügung des Vorm.-Gerichts angeordnet werden. Dabei darf jedem Mitvormunde ein bestimmter Wirkungskreis zugeteilt werden. Innerhalb dieses führt er die Vormundschaft selbständig, also mit alleiniger Verantwortung, auch dem Mündel gegenüber, es sei denn, daß ein Vormund dem andern gegenüber zugleich mit der Aufsicht betraut wurde, welchenfalls die Gesamthaftung der Vormünder nach außen der Vorschrift in § 1833 Abs. 2 Satz 2 zu entnehmen ist.

Dem Beklagten wird zur Last gelegt, daß er nach dem am 1. Sept. 1901 erfolgten Tode der Witwe N., Mutter des Klägers, Mündelgeld beim Bankhause Hermann M. eingelegt, ferner daß er unterlassen habe, die dort schon verwahrten Gelder herauszuziehen und mündelmäßig anzulegen, inzwischen aber für die erforderliche Sicherstellung der Hinterlegungsgelder zu sorgen. Demgegenüber weist der Beklagte darauf hin, daß diese Maßnahmen nicht zu dem ihm vormundschaftsgerichtlich zugewiesenen Wirkungskreise gehört hätten, vielmehr lediglich Sache des Mitvormundes Curt M. gewesen sein würden. Wäre dies zutreffend, so wäre allerdings nach dem eingangs Bemerkten die Haftung des Beklagten aus diesem Gesichtspunkte ausgeschlossen. Der Einwand des Beklagten wird vom Zeugen B. voll bestätigt. Der Zeuge hat als zuständiger Vorm.-Richter die vom Beklagten beantragte ganz genaue Abgrenzung der Wirkungskreise der beiden Vormünder genehmigt und den beiden Vormündern dies eröffnet. Der Beklagte hatte darnach, was das Vermögen anlangt, lediglich die Abrechnung der Bauten, die Abschätzung der Grundstücke, ihre Verwertung, die Einziehung der Außenstände, die Ablieferung der eingezogenen Gelder an M. zu besorgen; M. dagegen hatte die Verwaltung der eingegangenen Gelder und ihre zinsbare Anlegung zu besorgen. Jeder der beiden Vormünder war in seinem Wirkungskreise vollkommen selbständig. Eine Aufsichtspflicht des Beklagten über den Mitvormund bestand also nicht. ——— Es könnte auffallen, daß die Teilung in den Bestallungen der Vormünder nicht erwähnt ist. Aber dies erklärt sich daraus, daß die Bestallungen vor der richterlichen Teilungsverfügung hinausgegeben worden sind und ein der Verfügung entsprechender nachträglicher Vermerk auf den Bestellungen offenbar für entbehrlich erachtet oder seine Anbringung übersehen worden ist. Ersteres ist um so eher anzunehmen, als die Bestallung keine Vollmacht oder Legitimationsurkunde, sondern nur ein Zeugnis über die erfolgte Bestellung ist, auch nicht die Bedeutung hat, daß der gutgläubige Dritte sich

unbedingt auf die Richtigkeit der Angaben der Bestallung verlassen kann, und keineswegs die Möglichkeit ausschließt, daß inzwischen Änderungen der Vertretungsmacht, die sich aus der Bestallung nicht ergeben, eingetreten sind (Motive zu § 1645 Entw. 4, 1079).

Einen weiteren Grund für die Haftung des Beklagten soll der Umstand abgeben, daß er beantragt hat, Curt M. als Mitvormund zu bestellen. Der Beklagte haftet aus seinem Vorschlage aber nicht, weil der Vorm.-Richter selbständig und Amts wegen zu prüfen hatte, ob M. die geeignete Person war. Nur für den nicht vorliegenden Fall könnte eine Haftung des Beklagten in Frage kommen, wenn er den Richter über die Person Curt Ms. getäuscht hätte. Das war aber garnicht möglich, weil der Richter M. schon vor jenem Vorschlage genau kannte. Der Beklagte ist also für die Wahl Ms. nicht verantwortlich; ob der Richter es ist, kommt hier nicht in Frage.

Endlich wird dem Beklagten noch zur Last gelegt, daß er nicht darauf bestanden habe, daß zu dem Vermögen Ms. und seines Onkels das Konk.-Verfahren eröffnet wurde, denn dadurch wäre die Anfechtung aller Deckungs- und Schiebungsgeschäfte ausgeschlossen worden. Hierzu war aber nicht der Beklagte, sondern höchstens das Vorm.-Gericht verpflichtet; die Nichteröffnung des Konkurses gibt also keinen Haftungsgrund gegen den Beklagten, zumal da nach der Angabe Ls. und Ks. bei einem Konk.-Verfahren eine geringere Dividende zu erwarten gewesen wäre als bei dem Liquidationsverfahren. Außerdem ist nicht abzusehen, warum der Beklagte gegenüber dem einstimmigen Beschluß der Gläubiger, vom Konk.-Verfahren Abstand zu nehmen, dessen Einleitung als die unbedingt vorteilhaftere Maßregel hätte erachten und veranlassen sollen.

Wollte man trotz der vorstehenden Ausführungen die objektive Verletzung einer dem Beklagten obliegenden Sorgfalt darin finden, daß die Gelder des Klägers beim Bankhause M. eingelegt oder doch dort belassen worden sind, so müßte doch nach dem Stande der Beweisergebnisse die Schuld des Beklagten verneint werden. Denn nach den glaubhaften Zeugenaussagen ist für bewiesen anzusehen, daß das Bankhaus bis zur Zahlungseinstellung ganz allgemein (auch in Bankkreisen) einen vorzüglichen Ruf besaß, so daß niemand Bedenken trug, dem Hause größere Summen anzuvertrauen, und daß der Zusammenbruch des Bankhauses ganz unerwartet und von der Allgemeinheit nicht vorhersehbar eintrat. Unter diesen Umständen läßt sich daraus, daß dem Bankhause die Gelder anvertraut wurden und ihre Rückforderung nicht rücksichtslos betrieben worden ist, wohl gegen keinen Beteiligten, keinesfalls gegen den Beklagten ein begründeter Vorwurf erheben. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (8. Sen.) v. 3. Okt. 1916. M. w. N.

F—ch.



223. Verzögerung der Mängelrüge durch zweimalige Untersuchung der Ware.

Vgl. 50 Nr. 259 m. N.; 62 Nr. 21.
HGB § 377.

Die Klägerin hatte am 24. März 1916 vom Beklagten 200 Kisten gelbe Kernseife unter Gewährleistung eines Fettgehalts von 55 bis 60% gekauft. Sie behauptete, daß die ihr gelieferte Ware einen erheblich geringeren Fettgehalt aufgewiesen habe und beanspruchte mit der Klage Erstattung des Minderwerts mit 5661,40 ℳ nebst Zinsen. Der Beklagte bestritt das Vorbringen der Klägerin und wandte ein, daß die Ware wegen verspäteter Mängelanzeige als genehmigt zu gelten habe. Die Ware sei von der Klägerin verspätet, nämlich erst am 26. März 1916 abgenommen worden; erst am 7. April habe der Beklagte die vom 4. April datierte Mängelanzeige erhalten. Die Klägerin erwiderte, sie habe die Seife erst am 27. März abgenommen und abnehmen können; sie habe dann alsbald die Untersuchung auf Fettgehalt in ihrem Fabriklaboratorium vornehmen lassen, und als sie am 29. März das für den Beklagten ungünstige Ergebnis erfahren habe, Proben an den Handelschemiker Sch. gesandt, um durch diesen eine gänzlich unparteiische und einwandfreie Analyse bewirken zu lassen. Das Ergebnis sei ihr am 2. April, einem Sonntag, zugegangen. Da der Mitgesellschafter B. in Belgien und der hier aufhältliche Mitinhaber K. tagsüber für Heereszwecke in Altona beschäftigt sei, seien alle Eingänge dem Letztgenannten in die Privatwohnung gesandt worden. So habe er auch die Analyse erst am Abend des 3. April gesehen. Wenn er dann am 4. April die Mängelanzeige abgesandt habe, so sei das entsprechend der Vorschrift des § 377 HGB. geschehen. — Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Entscheidung des Landgerichts ist beizutreten. Unterstellt man, daß die Klägerin die gekaufte Kernseife am 27. März abgenommen hat, so kann eine am 4. April abgesandte Mängelanzeige nicht als der gesetzlichen Vorschrift entsprechend angesehen werden.

Mit Recht führt die Nebenintervenientin (von welcher die Beklagte gekauft hatte) aus, daß die Klägerin von Anfang an die Erledigung der Angelegenheit durch Vornahme der doppelten Untersuchung verzögert hat. Es ist zwar der Klägerin darin beizustimmen, daß das Gesetz den Käufer nicht zu leichtfertigen und unbegründeten Beanstandungen zwingen will. Auch mag zu erwägen sein, daß — wie der Beklagte selbst hat vortragen lassen — Analysen zu voneinander abweichenden Ergebnissen führen können. Immerhin entsprach eine „vorläufige" Untersuchung nicht der gesetzlichen Vorschrift, daß der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen hat. Entweder war die Prüfung im eigenen Laboratorium eine

verläßliche. Dann war die Klägerin gehalten, das ungünstige Ergebnis sofort dem Beklagten mitzuteilen. Oder aber die Untersuchung war für die Entschließung der Klägerin nicht maßgebend. Dann hatte es auch keinen Sinn, sie zunächst einmal vornehmen zu lassen. Jedenfalls ging die dadurch verursachte Verzögerung auf Gefahr der Klägerin. Wäre die Abweichung des Befundes von der gewährleisteten Beschaffenheit der Ware nur geringfügig gewesen, so würde vielleicht ein Verfahren, welches völlige Sicherheit zu schaffen sucht, zu billigen sein. So aber lag die Sache hier nicht. Es wäre daher Sache der Klägerin gewesen, dem Beklagten schon am 29. März Mitteilung zu machen, wobei sie sich ihre endgültige Erklärung vorbehalten konnte.

Aber auch von diesen Erwägungen abgesehen muß die Mängelanzeige v. 4. April als verspätet angesehen werden. Das Ergebnis der von Sch. vorgenommenen Analyse war am Sonntag dem 2. April in die Hände der Klägerin gelangt. Nichts stand im Wege, die Anzeige am 3. April zu erstatten. Wenn selbst die besonderen Verhältnisse des Kriegszustandes berücksichtigt werden, so kann doch nicht anerkannt werden, daß in einem Geschäfte, das zwei Prokuristen beschäftigt, eine ordnungmäßige Erledigung der streitigen Angelegenheit behindert war. Es handelt sich nicht um weittragende Entschließungen, sondern um die Erstattung einer einfachen Anzeige. Der Mitinhaber der Klägerin, K., wußte, daß der Eingang des Untersuchungsergebnisses bevorstand, und er wußte oder mußte wissen, was das Gesetz zur Wahrung seiner Rechte von ihm verlangte. Er hätte daher seinen Prokuristen vorher Anweisung darüber erteilen müssen, was mit dem Eingange zu geschehen hatte. Daß den Prokuristen die Zeit gefehlt habe, die ihnen zugemutete einfache geschäftliche Handlung vorzunehmen, wird die Klägerin nicht im Ernste behaupten wollen. Für eine beschleunigte Mängelanzeige Sorge zu tragen, wäre im vorliegenden Fall um so mehr Pflicht der Klägerin gewesen, als die von ihr bisher getroffenen Maßregeln schon an sich die Angelegenheit verzögert hatten. — — —"

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (6. Sen.) v. 24. Febr. 1917. B. & K. w. M. Schl. Bf. VI. 306/16. Nö.

---

224. Rechtliche Bedeutung des Schiffsvermögens.

Vgl. 48 Nr. 283; 55 Nr. 152.
BinnenSchG. § 4; HGB. § 486.

Beide Parteien haben Baggereibetriebe, arbeiten auch zum Teil gemeinsam und besitzen Fahrzeuge, die ihnen zusammen gehören. Am 26. Mai 1913 wurde eine Schute der Klägerin im Schlepp des Dampfers „Elbe", der beiden Teilen gehörte und zur Binnenschiffahrt verwandt wurde, auf einer Fahrt im Kaiser Wilhelm-Kanal von dem Dampfer „Emma" angerannt und beschädigt. Die Klägerin maß die Schuld an dem Zusammenstoß der Führung der „Elbe" bei und klagte gegen die Beklagte auf Entschädigung wegen des an-

gerichteten Schadens in Höhe von 6711,45 M nebst Zinsen. — In 1. Instanz wurde erkannt, daß die Beklagte zur Duldung der Zw.-Vollstreckung in den gemeinsamen Dampfer „Elbe" wegen des Klaganspruchs in voller Höhe verurteilt werde. Die Beklagte legte Berufung ein und beantragte, das Urteil insoweit aufzuheben, als es sie zur Zahlung von mehr als 3355,73 M nebst Zinsen und der Hälfte der Kosten verurteilt habe. Sie erklärte, daß sie die Schuldfrage nicht mehr bestreiten, sondern ihre Berufung auf die Frage beschränken wolle, ob sie wegen des ganzen Schadens zur Duldung der Zw.-Vollstreckung habe verurteilt werden dürfen. Diese Frage wurde vom Ber.-Gericht mit folgender Begründung bejaht:

„Die Beklagte beschwert sich jetzt nur mehr darüber, daß sie wegen des ganzen Schadens verurteilt ist; sie hat ausgeführt, daß für die Klägerin, weil ihr der Dampfer ‚Elbe' zur Hälfte mit gehöre, aus dem Verschulden seiner Besatzung ein Anspruch nur auf die Hälfte des gesamten Schutenschadens habe entstehen können; zur andern Hälfte sei ein Anspruch unmöglich, weil Gläubiger und Schuldner dieselbe Person seien. Diese Ausführung ist im Hinblick darauf, daß es sich um einen aus dem Schiffsvermögen zu deckenden Schaden handelt, nicht für zutreffend zu erachten.

Der Begriff des Schiffsvermögens, der im Gesetze mit den Worten zum Ausdruck gebracht ist, daß der Schiffseigner (Reeder) nicht persönlich, sondern nur mit Schiff und Fracht haftet (BinnSchGes. § 4; HGB. § 486), ist für die Binnenschiffahrt kein andrer als im Seerecht, vielmehr diesem nachgebildet. Es ist zwar ein Teil des dem Schiffseigner oder Reeder überhaupt gehörenden Vermögens, weshalb die Rechtsprechung des höchsten Gerichts es verneint hat, daß einem Reeder oder Schiffseigner ein Kollisionsanspruch auf Schadenersatz gegenüber seinem eigenen Schiffsvermögen zustehen könne (RGEntsch. 45, 50 ff, in SeuffA. 55 Nr. 152), während es ihm wegen eines Hülflohns aus den besonderen Gesetzesvorschriften, welche einen Anreiz zur Bergung oder Hülfleistung in Seenot gewähren sollen, solche Ansprüche gegen das eigene Schiffsvermögen nicht versagt (RGEntsch. 32, 4 und SeuffA. 48 Nr. 283; Entsch. 58, 190), indem es davon ausgeht, daß das entstandene Schiffsgläubigerrecht als ein dinglicher Anspruch gegen das Schiffsvermögen, als gegen ein Sondergut des Reeders, nach Analogie der Eigentümerhypothek zu behandeln sei. Dementsprechend ist auch anerkannten Rechtens, daß ein vorhandenes Schiffsgläubigerrecht auf den Reeder oder Eigner des verschuldeten Schiffes übergehen kann (HansGZ. 1899 Nr. 83; Mittelstein Schiffspfandr. 198; Schaps Seer. § 754 Anm. 3). Muß man aber anerkennen, daß das Recht des Schiffsgläubigers einen dinglichen Anspruch gegen das Sondergut des Schiffsvermögens darstellt, so gilt das um so mehr, wenn dieses Sondergut nicht dem Gläubiger allein, sondern ihm in Gemeinschaft mit andern Personen gehört, er also nur als Miteigentümer in Betracht kommt. Man kann dann nicht sagen, daß in einem solchen Falle das Gläubigerrecht zum Anteil des Gläubigers an

dem verhafteten Schiffsvermögen durch Konfusion erlösche oder nicht zur Entstehung gelange, sondern man muß daran festhalten, daß der Schiffsgläubiger als solcher mit den aus mehreren Personen bestehenden Schiffseignern kein identisches Rechtssubjekt darstellt, und daß mit dem Schiffsgläubigerrecht die ihm zugrunde liegende persönliche Forderung untrennbar verbunden ist. Was insbesondere den Kollisionsgläubiger betrifft, so muß er, wenn das schuldige Schiff in seinem Miteigentum steht, nach den obigen Grundsätzen i. S. des § 4[3] BinnSchG. als ein Dritter angesehen werden, dem durch Verschulden der Schiffsbesatzung Schaden zugefügt ist (so für das Seerecht Boyens Seer. 1, Art. 452 unter 9[a], S. 204), und der sich demgemäß für seinen ganzen Schaden an das in seinem Miteigentum stehende Schiff halten kann. Dabei kommt nicht in Betracht, ob und inwieweit der Schadenersatz, der aus dem Schiffsvermögen gezahlt wird, bei Abrechnung der Partner unter sich demnächst wieder zur Verrechnung gelangt, eine Eigentümlichkeit, die ihre Begründung in den Rechtssätzen über die Gemeinschaft findet. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 14. Juli 1917. H. & G. (Kl.) w. van der V. Bf. II. 94/15. V.

II. Verfahren.

225. Örtliche Zuständigkeit für den Wandelungsanspruch, wenn die Ware versteigert ist.

Vgl. 71 Nr. 120.

ZPO. § 29; BGB. §§ 269. 462.

Der Kläger, der von der Beklagten im Oktober 1915 Kartoffeln gekauft und geliefert erhalten hatte, klagte mit der Behauptung, daß die Kartoffeln verfault und erfroren gewesen seien, beim Landgericht zu B. auf Wandelung und Schadenersatz mit dem Antrage, die Beklagte zur Zahlung von 1027,15 ℳ nebst Zinsen zu verurteilen. — Das Landgericht verwarf die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, was das Oberlandesgericht bestätigte. Aus den Gründen:

„— — — Die Zuständigkeit war auf Grund von § 29 ZPO. zu bejahen. Die ‚streitige Verpflichtung' i. S. der angezogenen Gesetzesstelle bildet die Verpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Anspruch des wandelnden Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises.

Für diesen Anspruch aus der Wandelung ist aber nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Gerichtsstand des Erfüllungsorts dort gegeben, wohin die Ware auf Grund des Vertrags gelangt ist. Dies hat auch dann zu gelten, wenn wie hier die Ware auf Antrag des Käufers versteigert und der Erlös an den Käufer oder dessen Bevollmächtigten ausgezahlt worden ist.

Man könnte zunächst auf den Gedanken kommen, in diesem Falle trete der Erlös an die Stelle der Ware, und die Rückzahlung des Kaufpreises brauche der Verkäufer, wie sonst nur gegen Rückgabe der Ware, nur gegen Rückgewähr des an ihre Stelle getretenen Erlöses zu bewirken, so daß die Erwägung, die zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts geführt habe (RGEntsch. 50, 272; 55, 111), daß der Käufer sich nicht zur Rückgabe zu erbieten brauche, dem Verkäufer nur ein Zurückbehaltungsrecht zustehe und deshalb der Käufer die Ware nur dort zurückzugeben habe, wo sie sich mit Willen der Parteien befinde, auch für den Erlös Platz greife, der an ihrer Stelle in die Hände des Käufers gelangt ist. Dieser Gedanke muß aber an der Erwägung scheitern, daß es kein Zurückbehaltungsrecht an fälligen Geldforderungen wegen fälliger Geldleistungen gibt, die Erklärung eines solchen vielmehr die Bedeutung der Aufrechnung hat (Entsch. 83, 140; 85, 110). Nach der in der Entscheidung des Reichsgerichts im SächsA. 1900, 473 ausgesprochenen Ansicht erleidet indessen die Zuständigkeit des Gerichts des Ortes, wohin die Ware gelangt war, selbst durch deren Untergang keine Änderung. Die Schuld des Verkäufers aus der Wandelung des Vertrags ist Bringeschuld geworden (ebenso Rspr. 20, 291). Dieser Ansicht tritt das Oberlandesgericht im Gegensatz zu der Entscheidung des Hanseat. OLG. in SeuffA. 71 Nr. 120 bei. Da der Ort, wo die Ware bis zu ihrer Versteigerung sich auf Grund des Kaufvertrags befand, unstreitig das im Bezirk des Landgerichts B. gelegene K. war, ist die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 22. Sept. 1916. T. w. Sch.
3 O. 67/16. F—ch.

---

226. Nebenintervention des Erbschaftskäufers zugunsten des mit einem Erbschaftsanspruch belangten Verkäufers.

Vgl. 70 Nr. 91 m. N.
ZPO. § 66; BGB. § 2030.

Die Witwe R. hatte außer der Ehe den Kläger und die beiden Beklagten geboren und darauf am 28. Juni 1893 den R. geheiratet, der sächsischer Staatsangehöriger war und anerkannte, der Vater der beiden Beklagten zu sein. Er ist am 18. Jan. 1912 in L. verstorben und hat ein großes Vermögen, aber kein Testament hinterlassen. Der Kläger behauptete, ebenfalls ein Sohn Rs. zu sein, er klagte auf Feststellung, daß er die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes R.s habe. — In 1. Instanz wurde nach diesem Antrage erkannt. In 2. Instanz verkündeten die Beklagten den Spinnereibesitzern R., an die sie die Erbschaft verkauft hatten, den Streit, und die beiden R. traten ihnen als Nebenintervenienten bei. Der Kläger bestritt die Zulässigkeit der Nebenintervention, die jedoch vom Oberlandesgericht für zulässig erklärt wurde mit folgender Begründung:

„Ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen eine Streitverkündung nach § 72 ZPO. wirksam erklärt werden kann, ist nicht in diesem Prozesse zu prüfen, sondern muß und kann erst in einem zwischen den Streitverkündern und den Streitverkündungsgegnern geführten Nachprozesse geprüft werden (RGEntsch. 77, 364). Die gegenwärtige Entscheidung hat sich also nur mit der Beantwortung der Frage zu befassen, ob der Beitritt nach den Grundsätzen über die Nebenintervention zuzulassen ist. Zu erörtern ist, ob die Voraussetzung des Beitritts nach § 66 ZPO. vorliege, ob nämlich die Beigetretenen ein ‚rechtliches Interesse‘ daran haben, daß die Beklagten im anhängigen Rechtsstreit obsiegen.

Ein rechtliches Interesse i. S. dieser gesetzlichen Vorschrift ist aber nicht, wovon anscheinend der Kläger ausgeht, bloß dann anzunehmen, wenn die Rechtskraft des Urteils im Prozesse der unterstützten Partei mit einem Dritten für oder gegen alle — wie z. B. auf Grund von § 643 ZPO. — oder doch für oder gegen den Nebenintervenienten wirkt; sondern es genügt, daß das ergehende Urteil für die zwischen dem Intervenienten und der Partei obwaltenden rechtlichen Beziehungen eine Bedeutung hat, die sich in der sog. Tatbestandswirkung (Reflexwirkung) äußert. Eine solche Wirkung, vermöge deren das Urteil durch seinen Inhalt die Rechtsstellung des Nebenintervenienten erhält oder verändert, liegt z. B. vor, wenn das Ergebnis der Beweisaufnahme, wenn auch nicht mit rechtlicher Notwendigkeit, so doch im Hinblick auf die darauf gestützten richterlichen Feststellungen, den Intervenienten vor Ansprüchen der einen oder der anderen Partei zu schützen oder ihn solchen Ansprüchen auszusetzen vermag (vgl. RGEntsch. 77, 364 und in Warneyers Rspr. 1912 Nr. 350; OLG. Hamburg in OLGRspr. 9, 53 a; Stein ZPO.[10] Anm. III, 2 IV, 3 zu § 66; Seuffert ZPO.[11] Anm. 2c zu § 66). Zu den Fällen dieser Art gehört der vorliegende.

Zu entscheiden ist darüber, ob der Kläger durch nachfolgende Ehe seiner Eltern die Rechte eines ehelichen Kindes des verstorbenen R. erworben hat (§ 1780 sächs. BGB.). Ist diese Frage zu bejahen, und deshalb der Kläger Erbe des Mannes, von dem er erzeugt worden zu sein behauptet, so hat er nach § 2030 BGB. den Erbschaftsanspruch des § 2018 gegen die Intervenienten, als Käufer der Erbschaft, nicht von einzelnen Erbschaftsgegenständen, und die Intervenienten werden dagegen nicht durch § 2366 geschützt. Eine dem Kläger günstige Entscheidung würde also den Nebenintervenienten in ihrem Verhältnisse zum Kläger als Beweisgrund nachteilig sein, sofern nicht etwa der Kläger sich entschlösse, dem Erbschaftskauf beizutreten. Dieselbe Entscheidung würde unter derselben Voraussetzung auch das Verhältnis der Nebenintervenienten zu den Beklagten nachteilig verändernd beeinflussen, sofern erstere, wie die letzteren begründeterweise hervorheben, dann genötigt wären, Gewährleistungsansprüche aus §§ 2376. 434 BGB. zu erheben. Auch die Anfechtung des Erbschaftskaufs mit der Folge der Nichtigkeit der dabei von der

Vertragschließenden abgegebenen Erklärungen kann in Frage kommen. Nur würden nicht die Beklagten, wie sie auszuführen versuchen, sondern die Intervenienten über Eigenschaften der Personen der Vertragsgegner (als alleiniger Erben) und der Sache (die mit Rechtsmängeln behaftet ist) geirrt haben und deshalb den Vertrag nach § 119 Abs. 1 vbd. m. Abs. 2 BGB. anzufechten vermögen. Im andern Fall, wenn verneint wird, daß der Kläger die Rechte eines ehelichen Sohnes des verstorbenen R. habe, ergeben sich aus der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits Tatbestandswirkungen zugunsten der Erhaltung des durch den Erbschaftskauf geschaffenen Rechtszustandes, also zum Schutze der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Intervenienten.

Diese haben deshalb i. S. des § 66 ZPO. ein rechtliches Interesse am Obsiegen der Partei, der sie zum Zweck ihrer Unterstützung beigetreten sind. Sie haben auch (vgl. § 71 Abs. 1 Satz 2) ihr Interesse glaubhaft gemacht, weil nach der Erklärung des Klägers zu den vorliegenden Urkundenabschriften, die den behaupteten Erbschaftskauf ergeben, davon auszugehen ist, daß er die Abfassung der in den Abschriften wiedergegebenen Urkunden nicht bestreiten will (§ 138 Abs. 2 ZPO.).

Die Nebenintervention der den Streitverkündern Beigetretenen ist hiernach durch Zwischenurteil für zulässig zu erklären."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 21. Okt. 1915. O. w. L. 5 O. 65/15.
F—ch.

---

227. Kostenberechnung, wenn bei mehreren Beklagten im Urteil eine Kostentrennung vorgenommen ist.

ZPO. § 100.

Die Zivilprozeßordnung steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß eine Verteilung der Kosten nach Bruchteilen die Regel bilden und eine Kostentrennung nur ausnahmsweise und nur in den vom Gesetz besonders vorgesehenen Fällen statthaft sein soll. Im vorliegenden Rechtsstreit sind durch die Urteile des 2. Senats dieses Gerichts vom 3. März und 4. Nov. 1910 und des Landgerichts v. 3. März 1916 den Klägern die den Beklagten 1) und 2) erwachsenen Kosten auferlegt worden, während die übrigen noch im Streit befindlichen Kosten, nämlich die Gerichtskosten und die außerordentlichen Kosten der Kläger und des Beklagten 2), den Klägern in Höhe von $^2/_3$ und dem Beklagten 2) in Höhe von $^1/_3$ zur Last gelegt worden sind, abgesehen von $^1/_3$ der Kosten der Revision gegen das Urteil v. 16. Febr. 1907, welche das Reichsgericht durch Urteil v. 28. Dez. 1907 bereits den Klägern auferlegt hatte.

Die den Klägern aufgebürdeten Kosten der Beklagten 1) und 3) berechnen die Vorentscheidungen auf zusammen $^2/_3$ aller Kosten des Rechtsstreits mit der Begründung, daß der Kläger drei Streitgenossen verklagt habe und bezüglich zweier unterlegen sei. Diese Erwägung kann im Grundsatz nicht für

richtig erachtet werden. Sie könnte im einzelnen Fall zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Wenn beispielsweise zwei Streitgenossen verklagt würden und die gegen den einen Beklagten gerichtete Klage sofort abgewiesen würde unter Belastung des Klägers mit den diesen Beklagten betreffenden Kosten, während der andre Beklagte nach langwieriger und kostspieliger Beweisaufnahme verurteilt würde unter Auferlegung der ihn betreffenden Kosten, so wäre es unrichtig, wenn bei der Kostenfestsetzung lediglich eine Halbierung der Kosten zwischen dem Kläger und dem zweiten Beklagten vorgenommen würde. Solche Verteilung würde der Sachlage und dem gegebenenfalls aus den Urteilsgründen zu ermittelnden Willen des Gerichts nicht gerecht.

Da die Zivilprozeßordnung grundsätzlich nur eine Kostenverteilung nach Quoten kennt, so muß eine Entscheidung, die im Widerspruch damit eine Kostentrennung vornimmt, bei der Festsetzung regelmäßig nach Maßgabe der Beteiligung der einzelnen Streitgenossen ausgelegt werden (Stein ZPO.[10] Bem. IV zu § 100). Nur wenn die Beteiligung der mehreren Streitgenossen eine sachlich annähernd gleiche ist, wird es daher berechtigt sein, bei der Kostenfestsetzung eine Verteilung lediglich nach Kopfteilen vorzunehmen (RGEntsch. 41 Nr. 102 S. 400).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist zwar die Beteiligung der Beklagten eine zeitlich verschiedene, insofern über die gegen die Beklagten 1) und 3) gerichtete Klage bereits im Jahre 1910 entschieden worden ist, während der Rechtsstreit gegen den Beklagten 2) noch jahrelangen Fortgang genommen hat. Entscheidend ist aber nicht das zeitliche Maß, sondern der Umfang der sachlichen Beteiligung. Würdigt man diese im vorliegenden Fall, so erscheint es allerdings billig und angemessen, die den Klägern allein aufgebürdeten Kosten der Beklagten 1) und 3) mit zusammen $^2/_3$ aller Kosten einzusetzen, so daß den Vorentscheidungen im Ergebnisse, wenn auch mit andrer Begründung, zuzustimmen war.

Demgemäß sind von den Kosten der oben erwähnten Revision, soweit sie nicht das durch das Rev.-Urteil v. 28. Dez. 1907 den Klägern allein zur Last gelegten Dritteil betreffen, also von den verbleibenden Zweidritteilen der Revisionskosten, den Klägern wiederum $^2/_3$ mit Recht abgesetzt und nur $^1/_3$ dieser $^2/_3$ der klägerischen Revisionskosten zur Verrechnung mit dem Beklagten 2) zugelassen worden.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (FerZivSen.) v. 4. Aug. 1917. D. Erben u. Gen. w. PreußFiskus. Bs. Z. II. 43/17. B.

---

228. Maßgebend für das Urteil ist die Anspruchsbegründung.

Vgl. 70 Nr. 227 m. N. auch 71 Nr. 122 m. N.

ZPO. § 253[2]. 325.

Der Kläger hatte im Jahre 1911 sein Grundstück in D. Grdb. Bl. 4168 an P. daselbst veräußert. Für die Vermittlung hatte er den Beklagten 1100 ℳ

Mäklergebühr bezahlt. Im August 1911 hatte er dann gegen P. Klage erhoben auf Feststellung, daß der Kaufvertrag zu Recht bestehe. Diese Klage war aber abgewiesen worden, weil der Kläger den Käufer durch arglistige Täuschung zum Kaufabschluß bestimmt und dieser deshalb mit Recht den Kauf nach § 123 BGB. angefochten habe. Unter Berufung auf diese Entscheidungen forderte der Kläger mit dem Bemerken, daß er nach wie vor die ihm zur Last gelegte arglistige Täuschung mit aller Entschiedenheit in Abrede stelle, von den Beklagten die Mäklergebühr zurück. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Kläger stützt seinen Rückforderungsanspruch (§ 812 BGB.) lediglich darauf, daß durch die Urteile im Vorprozeß der zwischen ihm und P. abgeschlossene Kaufvertrag förmlich für nichtig erklärt worden ist. Bei der Begründung seines Anspruchs bekämpft er indessen diese Urteile und bestreitet, daß er sich gegenüber P. der vom Landgericht und Oberlandesgericht festgestellten arglistigen Täuschung schuldig gemacht habe. Er will sich darnach, wie er mit aller Deutlichkeit erklärt, lediglich die förmliche Rechtskraftwirkung der Urteile zunutze machen. Das ist unzulässig. Die Beklagten sind an dem Rechtsstreit, in welchem die Urteile ergangen sind, weder als Hauptpartei noch als Nebenintervenienten beteiligt gewesen; ebensowenig ist ihnen der Streit verkündet worden; die Urteile sind daher gegen sie ohne förmliche Wirkung (vgl. § 68 ZPO.). Der Kläger kann sich demnach auf ihre Rechtskraft gegenüber den Beklagten nicht berufen. Eine sachliche Erörterung darüber, ob der Kaufvertrag nach § 123 BGB. anfechtbar sei, ist für das Ber.-Gericht ausgeschlossen, denn die Anspruchsbegründung ist für die Entscheidung maßgebend, in ihr schließt aber der Kläger gerade die Möglichkeit aus, eine Anfechtbarkeit des Kaufvertrags nach § 123 BGB. festzustellen. Darnach muß er für den gegenwärtigen Rechtsstreit gemäß seiner Klagebegründung gegen sich gelten lassen, daß ihm gegenüber der Kaufvertrag als rechtswirksam angesehen wird. Darauf, ob die Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit die Anfechtbarkeit des Kaufvertrags behaupten, kommt gegenüber der maßgebenden Bedeutung der Klagebegründung nichts an. Da nach ihr der Kläger selbst nicht behauptet und sogar in Abrede stellt, daß er die 1100 ℳ ohne rechtlichen Grund an die Beklagten bezahlt habe, fällt die Klage."

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 23. März 1916. F. w. F. 1 O. 4/16.

F—ch.

---

229. Über die Anfechtung eines prozessualen Anerkenntnisses.

Vgl. 47 Nr. 234; 68 Nr. 182 m. N.

ZPO. § 307; BGB. §§ 119. 812.

Es war gegen die Beklagten Klage erhoben auf Zahlung von 1376,77 ℳ nebst Zinsen für käuflich gelieferte Waren und ausgeführte Arbeiten. Die Beklagten erkannten den Anspruch an und baten um Frist. Der Kläger be-

antragte, die Beklagten dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen. Als demnächst der Kläger die Forderungen im einzelnen aufführte, fochten die Beklagten ihr Anerkenntnis wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an und forderten es zurück, soweit es einen höheren Betrag als 304,24 ℳ betreffe, da die Forderung im übrigen sie nichts angehe, sondern gegen andre Schuldner bestehe. Widerklagend beantragten sie, den Kläger zu verurteilen, die Rechte aus dem Anerkenntnis, soweit es 304,24 ℳ übersteige, nicht gegen sie geltend zu machen und auf dasselbe zu verzichten. — Die Beklagten wurden ihrem Anerkenntnis gemäß verurteilt und mit der Widerklage abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Beklagten wollen ihr im 1. Rechtszuge erklärtes prozessuales Anerkenntnis anfechten und kondizieren. Es fragt sich zunächst, ob die Anfechtung überhaupt zulässig ist.

Das Reichsgericht hat ausgesprochen (vgl. JW. 1908, 719[17]), daß prozessuale Erklärungen der Anfechtung nach Maßgabe der Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts nicht unterliegen, sondern daß für sie, wie die Vorschrift des § 290 ZPO. zeige, besondere Regeln zu gelten haben. Dieser Auffassung kann nur beigepflichtet werden. Die besonderen Regeln werden dem Zivilprozeßrecht zu entnehmen sein.

Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch um eine Willenserklärung, die nicht lediglich eine prozessuale, sondern auch eine materiell-rechtliche Seite hat. In prozessualer Hinsicht ist die Erklärung, der Klaganspruch werde anerkannt, eine einseitige Willenshandlung, die dem Gericht gegenüber abgegeben wird, wenn auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung. Sie ist demgemäß nicht an die Anwesenheit des Gegners gebunden. Sie bedarf nicht seiner Annahme, anderseits bindet sie den Erklärenden mit ihrer Abgabe. Ein lediglich in einem vorbereitenden Schriftsatz erklärtes Anerkenntnis hat ausschließlich materiell-rechtliche Bedeutung und kann mangels Annahme durch den Gegner und demzufolge mangels Zustandekommens eines Anerkenntnisvertrages nur als Beweismittel von Erheblichkeit sein. Das prozessuale Anerkenntnis hat aber zugleich auch materiell-rechtliche Bedeutung wegen seiner Bezugnahme auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und wegen seiner konstitutiven Wirkung.

Geht man von dieser, besonders von Stein (ZPO.[10] Bem. I zu § 307) betonten Auffassung aus, so ergibt sich, daß die Anfechtung des prozessualen Anerkenntnisses auf Grund der Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs für zulässig erachtet werden muß. So auch ObersLG. für Bayern in SeuffA. 47 Nr. 234; OLG. Celle in OLGRspr. 18, 57.

Vorliegendenfalls erwies sich die Anfechtung aber nicht als begründet. Die Beklagten wollen im Irrtum darüber gehandelt haben, daß sie Schuldner der Klageforderung seien, während sie diese tatsächlich nur zum kleinen Teil schuldeten; erst nach Abgabe der Anerkenntniserklärung hätten sie durch die

Spezifikation des Gegners die Entdeckung gemacht, daß im übrigen nicht sie, sondern andre Rechtssubjekte die Schuldner seien. Die Beklagten haben darnach, wenn sie in der mündlichen Verhandlung die Erklärung abgaben, der Klaganspruch werde anerkannt, nichts andres erklärt, als was sie gewollt haben. Ihr Irrtum erstreckte sich nur auf den Beweggrund und war daher nach § 119 BGB. nicht beachtlich, ganz davon abgesehen, daß die hier vorgesehene Frist nicht eingehalten worden ist. — — —

Ebensowenig konnte die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung für begründet erachtet werden.

Damit erledigt sich ohne weiteres auch der weitere Einwand, Kläger habe durch die Geltendmachung des Anspruchs gegen die Beklagten als Nichtschuldner gegen die guten Sitten verstoßen. — — —

Der Konditionsanspruch der Beklagten könnte nur auf § 812 BGB. begründet werden, der in Abs. 2 bestimmt, daß als Leistung auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens eines Schuldverhältnisses zu gelten hat. Es muß sich also um ein vertragmäßiges Anerkenntnis handeln. Das wird verkannt in dem Erkenntnis des OLG. Karlsruhe im ‚Recht' 1902, 588[2676], wo lediglich dem Umstand entscheidende Bedeutung beigemessen wird, daß die Vorschrift des § 812 BGB. den unwiderruflichen Erwerb durch den Empfänger der Leistung treffen wolle, solcher Erwerb aber gleichermaßen beim gerichtlichen wie beim vertraglichen Anerkenntnis eintrete. Allein als ausschlaggebend erscheint vielmehr, daß der § 812 BGB. den Fall behandeln will, daß jemand durch die Leistung eines andern auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt. Das kann für das vertragmäßige Anerkenntnis zutreffen, nicht aber für das gerichtliche. Denn hier erlangt der andre Teil durch das Anerkenntnis niemals etwas ohne rechtlichen Grund, er erlangt vielmehr etwas, worauf er kraft der prozeßrechtlichen Wirksamkeit dieses einseitigen Anerkenntnisses auf Grund der Vorschrift des § 307 ZPO. ein rein formales Recht hat. Auch bewirkt das prozessuale Anerkenntnis nicht die Feststellung eines in Wahrheit garnicht bestehenden, sondern die Herstellung eines neuen Schuldverhältnisses, nämlich einer Judikatsschuld im Rahmen des § 307 ZPO. Aus diesen Erwägungen verbietet sich die Anwendung des § 812 BGB. auf das prozessuale Anerkenntnis, die angesichts der klaren Ausdrucksweise des § 2 auch nur im Wege der Analogie möglich wäre. Die herrschende Ansicht ist zu dem gleichen Ergebnis gelangt.

Der Berufung mußte sonach der Erfolg versagt werden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 8. Mai 1917. B. (Kl.) w. F. u. Gen. Bf. III. 363/16. B.



230. Die Umwandlungsklage des § 323 ZPO. im Verhältnis zum ausländischen Recht.

ZPO. § 323; BGB. § 1708; EinfG. Art. 21.

Der Kläger ist durch das rechtskräftige Erkenntnis des Amtsgerichts I in Berlin v. 12. Febr. 1906 verurteilt, dem jetzigen Beklagten, als seinem unehelichen Sohn, eine jährliche Rente von 600 M zu zahlen. Diesem Urteil lag die tatsächliche Feststellung zugrunde, daß der am 14. Nov. 1881 in Krakau geborene Beklagte, dessen Mutter zur Zeit seiner Geburt ihren Wohnsitz in Österreich hatte, nicht imstande sei, sich selbst zu ernähren, und daß der monatliche Unterhaltsbetrag von 50 M angemessen sei. Der Kläger hat auf Grund des § 323 ZPO. mit dem Antrag Klage erhoben, das Urteil v. 12. Febr. 1906 aufzuheben, indem er behauptet, daß sich seine Vermögensverhältnisse verschlechtert und die Verhältnisse des Beklagten, der seinen eigenen Unterhalt erwerbe, verbessert hätten. Demnächst hat er den Antrag gestellt, die Zw.-Vollstreckung aus dem Urteil v. 12. Febr. 1906 insoweit einzustellen, als ein jährlicher Unterhaltsbetrag von mehr als 300 M gefordert werde. Das Amtsgericht hat diesen Antrag mit der Begründung abgewiesen, daß eine wesentliche Änderung der Verhältnisse nicht dargetan sei. Die gegen diesen Beschluß erhobene sofortige Beschwerde ist vom Landgericht zurückgewiesen. Das Landgericht hält die Beschwerde für unbegründet, weil die Klage des § 323 ZPO. im vorliegenden Fall unzulässig sei, denn das, hier maßgebliche, österreichische Recht kenne eine dieser Vorschrift entsprechende Bestimmung nicht, der § 323 enthalte aber im wesentlichen materielles Recht.

Gegen diese Entscheidung hat der Kläger die weitere Beschwerde erhoben. Die weitere Beschwerde ist, obgleich der Antrag des Klägers durch beide Beschlüsse der Vorrichter aus Gründen des materiellen Rechts abgewiesen ist, zulässig, weil die Entscheidung des Landgerichts die Rechtslage des Klägers verschlechtert, welcher nach der Begründung des Amtsgerichts die vermißte Glaubhaftmachung nachholen könnte, nach der Begründung des Landgerichts dagegen außerstande sein würde, den Antrag zu wiederholen (RGEntsch. 32, 57. 58).

Dem Beschwerdeführer ist auch in der Annahme beizutreten, daß die Begründung des Landgerichts unrichtig ist. Der in der Zivilprozeßordnung enthaltene § 323 ZPO. ist öffentlichen Rechts und bezieht sich daher auf alle Urteile, welche von deutschen Gerichten erlassen sind und werden. Er schließt sich unmittelbar an den die Rechtskraft der Urteile betreffenden § 322 an, indem er die Rechtskraft derjenigen Urteile, welche sich über wiederkehrende, künftig fällig werdende, nach bestimmten Verhältnissen der Parteien zu bemessende Leistungen verhalten, nur unter dem Vorbehalt der Abänderung im Fall der Veränderung der Verhältnisse der Parteien anerkennt. Jedes Urteil dieses Inhalts ist daher resolutiv bedingt.

Aber auch wenn diese Bedeutung des § 323 außer Betracht bliebe und nur das materielle Recht zu berücksichtigen wäre, so würde im vorliegenden

Fall die Vorschrift des § 323 auch dann zur Anwendung kommen müssen, wenn das österreichische Recht keine dementsprechende Bestimmung enthielte. Denn nach Art. 21 EinfG. z. BGB. ist zwar die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem unehlichen Kinde nach den Gesetzen des Staats zu beurteilen, welchem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehörte, nach der weiteren Anordnung des Art. 21 können aber weitergehende Ansprüche von dem unehelichen Kinde nicht geltend gemacht werden als nach den deutschen Gesetzen begründet sind. Das judikatmäßige Unterhaltsrecht des unehelichen Kindes ist aber nur von dem Fortbestehen der Verhältnisse zur Zeit der Erlassung des Urteils resolutiv bedingt, ein größeres Recht steht daher auch einem ausländischen unehelichen Kinde nicht zu.

Schließlich ist aber auch die Annahme des Landgerichts nicht richtig, daß das österreichische Recht eine dem § 323 entsprechende Vorschrift nicht enthalte (§ 530 österreich. ZPO. v. 1. Aug. 1895). — — —

Beschluß des KG. zu Berlin (2. FerZivSen.) v. 1. Aug. 1916 — H. w. M. W.

231. Die Zustellung des Urteils an einen unrichtigen gesetzlichen Vertreter der prozeßunfähigen Partei hindert nicht die Rechtskraft.

ZPO. §§ 516. 579[4]. 586 Abs. 3.

Zutreffend nimmt das Ber.-Gericht an, daß die Frist zur Einlegung der Berufung durch die Zustellung v. 22. Okt. 1915 in Lauf gesetzt ist, auch wenn die Beklagte damals nicht durch ihre richtigen gesetzlichen Vertreter vertreten gewesen sein sollte. Das Urteil, das ergeht, ohne daß die Partei ordnungmäßig gesetzlich vertreten ist, ist kein völliges Nichts, kein Nichturteil, dessen Scheinwirksamkeit jederzeit im Vollstr.-Verfahren oder durch eine negative Feststellungsklage beseitigt werden könnte. Dies erkennt die Prozeßordnung dadurch an, daß sie für den Fall des Erlasses eines solchen Urteils im § 579 Nr. 4 die Nichtigkeitsklage gibt. Die Nichtigkeits- wie die Restitutionsklage setzen nach § 578 Abs. 1 ein durch rechtskräftiges Urteil geschlossenes Verfahren voraus. Ob dies auch für die Nichtigkeitsklage des § 579 Nr. 4 gilt, ist zwar streitig, aber mit dem Reichsgericht (Entsch. 7, 361. 362 und 61, 418) anzunehmen. Die Bestimmung des § 586 Abs. 3 ZPO. rechtfertigt weder durch ihren negativen, die Anwendung der Vorschriften des Abs. 2 ausschließenden, noch durch ihren positiven, den Beginn der Vorschrift für die Erhebung der Nichtigkeitsklage aus § 579 Nr. 4 regelnden Inhalt die Annahme, daß der im § 578 Abs. 1 allgemein ausgesprochene Grundsatz hier preisgegeben sei. Nicht durch den negativen Inhalt, denn die Vorschriften des Abs. 2, deren Anwendung Abs. 3 für den Fall des § 579 Nr. 4 ausschließt, sind nur die, daß die Frist mit dem Tage beginnt, an dem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat, und daß nach Ablauf von 5 Jahren seit dem Tage der Rechtskraft die Klagen unstatthaft sind. Wenn im 1. Satze des Abs. 2 weiter gesagt

ist, daß die Frist nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils beginnt, so ist hiermit nicht eine selbständige Vorschrift dahin erlassen, daß die Klagen erst nach Eintritt der Rechtskraft zulässig seien, sondern es ist nur der Bestimmung über den Beginn des Fristlaufs die aus dem Grundsatze des § 586 Abs. 1 sich ergebende notwendige Folgerung beigefügt. Aber auch nicht durch ihren positiven Inhalt, denn es ist hier nur bestimmt, von welchem Zeitpunkte die Notfrist für die Nichtigkeitsklage des § 579 Nr. 4 läuft; darüber, ob zuvor das Urteil Rechtskraft erlangt haben müsse, ist hier nichts gesagt und brauchte nichts gesagt zu werden, da dies im § 578 Abs. 1 geregelt war.

Geht man somit davon aus, daß der Grundsatz des § 578 Abs. 1 auch für die Nichtigkeitsklage des § 579 Nr. 4 gilt, so ergibt sich aus § 586 Abs. 3, daß das Urteil rechtskräftig werden kann, obwohl die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war und ohne daß das Urteil ihr selbst oder ihrem richtigen gesetzlichen Vertreter zugestellt worden wäre, daß also ein solches Urteil auch durch Ablauf der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist nach der Zustellung an einen falschen gesetzlichen Vertreter rechtskräftig wird. Aber auch wenn man annähme, daß die Nichtigkeitsklage aus § 579 Nr. 4 die Rechtskraft des Urteils nicht voraussetze, so würde doch die Einführung dieser Nichtigkeitsklage nur gerechtfertigt sein, wenn die Möglichkeit anerkannt wird, daß ein Urteil, das in einem Verfahren ergeht, in dem die Partei nicht ordnungmäßig vertreten war, rechtskräftig wird, ohne daß es der Partei selbst oder ihrem richtigen gesetzlichen Vertreter zugestellt wäre. Leugnete man diese Möglichkeit, so würden Rechtsmittel und Nichtigkeitsklage regelmäßig nebeneinander gegeben sein, die Notfristen für beide von dem gleichen Zeitpunkte beginnen. Das kann nicht beabsichtigt gewesen sein.

Auf der Auffassung, daß die Zustellung des Urteils an den unrichtigen gesetzlichen Vertreter, der die nicht prozeßfähige Partei im Verfahren vertreten hatte, die Rechtsmittelfrist in Lauf setzt, beruhen auch die Urteile des Reichsgerichts, welche den Personen, die, ohne gesetzliche Vertreter zu sein, die Partei bisher als angebliche gesetzliche Vertreter vertreten haben, die Befugnis zuerkennen, die Sache an die obere Instanz zu bringen;

vgl. RGEntsch. 29, 408; JW. 1900, 750[13]; LeipzZ. 15, 508[18]. 627[22] und JW. 15, 250[12]; auch GruchotsBeitr. 60, 689;

denn die Einlegung der Berufung und Revision kann nicht vor Zustellung des Urteils erfolgen; der Zustellung durch oder an den unrichtigen gesetzlichen Vertreter wird also durch die Zulassung des Rechtsmittels die Bedeutung zuerkannt, daß sie die Rechtsmittelfrist beginnen läßt.

Die gegenteilige Meinung würde auch mit den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs schlechthin unvereinbar sein. Sie würde bei allen Urteilen, die eine nicht prozeßfähige Partei betreffen, die Möglichkeit eröffnen, ohne jede Zeitbeschränkung, insbesondere sogar noch im Zw.-Vollstr.-Verfahren, die rechtliche Wirksamkeit mit der Behauptung anzufechten, die Partei sei im Verfahren

nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen und das Urteil habe, da es weder dem richtigen gesetzlichen Vertreter noch der Partei selbst, nachdem diese prozeßfähig geworden, zugestellt sei, die Rechtskraft nicht erlangt. Dies würde, zumal da eine unrichtige oder ungenaue Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter erfahrungmäßig nicht selten ist, die Rechtssicherheit in hohem Maße gefährden.

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 2. März 1917. Landgem. W. w. K. (OLG. Köln). III. 434/16.

---

232. Vollstreckungsbefehl; keine weitere Ausfertigung, wenn die Urschrift verloren ist.

(Vgl. 42 Nr. 326; 65 Nr. 254.)
ZPO. §§ 700. 733. 797.

Der Gläubiger hat gegen den Schuldner beim Amtsgericht H. einen Zahlungs- und demnächst einen Vollstreckungsbefehl erwirkt, welch letzterer dem Gläubiger gemäß der Geschäftsordnung ausgehändigt worden ist. Der Schuldner ist zu den Fahnen einberufen. Der Gläubiger hat dem Amtsgericht ein an ihn gerichtetes Schreiben des militärischen Vorgesetzten des Schuldners vorgelegt, wonach letzterer im Felde steht und der Vollstr.-Befehl dort abhanden gekommen ist, ohne daß Nachforschungen nach der Urkunde Erfolg gehabt hätten. Der Gläubiger hat beim Amtsgericht daraufhin die Erteilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung des Vollstr.-Befehls beantragt. Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt, weil eine zweite Ausfertigung mangels Vorhandenseins des Originals nicht beschafft werden könne. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen, weil das Verfahren nach den Kriegsgesetzen unterbrochen sei, übrigens dem Amtsgericht auch sachlich zugestimmt werden müsse. Der Gläubiger hat weitere Beschwerde eingelegt.

Die weitere Beschwerde war an sich zulässig. — — —

Dem formalen Entscheidungsgrunde des Landgerichts konnte nicht beigetreten werden. Allerdings fällt auch das Mahnverfahren unter den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit i. S. der Kriegsgesetze, so daß vorliegendenfalls angesichts der vom Gläubiger beigebrachten militärischen Bescheinigung, wonach der Schuldner im Felde steht, das Verfahren als unterbrochen anzusehen ist. Die Wirkungen der Unterbrechung regeln sich nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung. Nach § 249 Abs. 2 das. sind die während der Unterbrechung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen der andern Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung. Unter diesen Begriff der Prozeßhandlungen können aber nur solche Akte fallen, welche dem Fortgange des Rechtsstreits selbst dienen, nicht aber solche, welche, wie hier, lediglich zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung vorgenommen werden und den Rechtsstreit als solchen unberührt lassen. Die Unterbrechung des Mahnverfahrens ist also auf die Entscheidung über den

Antrag auf Erteilung einer weiteren Ausfertigung des verloren gegangenen Vollstreckungsbefehls ohne Einfluß. — — —

In der Sache selbst war dem Amtsgericht beizutreten. Die Zivilprozeßordnung enthält keine Vorschriften darüber, wie mit der Urschrift von Vollstr.-Befehlen zu verfahren ist. Nach der Geschäftsordnung für das Amtsgericht Hamburg wird die Urschrift dem Gläubiger behufs Betreibung der Zw.-Vollstreckung ausgehändigt (ebenso in Preußen, Bayern, Württemberg; anders in Sachsen, s. Stein[10] 2, 391, Bem. V zu § 699). Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung setzt aber ihrem Wesen nach voraus, daß sich eine Urschrift, von der die Ausfertigung zu erteilen ist, bei den Gerichtsakten befindet. Ist das nicht der Fall, so würde die Erteilung einer zweiten Ausfertigung tatsächlich mit der Herstellung einer neuen Urschrift gleichbedeutend sein. § 797 ZPO. spricht denn auch ausdrücklich aus, daß vollstreckbare Ausfertigungen von dem Gerichtsschreiber des Gerichts zu erteilen seien, das die Urkunden „verwahrt". Wenn diese Fassung der Novelle v. 1. Juni 1909 an die Stelle der Worte „aufgenommen hat" getreten ist, so hat damit nur der Zweifel beseitigt werden sollen, welches Gericht zuständig sei, wenn die Urkunde im Wege der Rechtshülfe von einem andern Gericht aufgenommen worden ist. Beide Fassungen gehen aber übereinstimmend davon aus, daß sich die betreffende Urkunde, von der die Erteilung einer Ausfertigung erbeten wird, überhaupt bei den Gerichtsakten befindet. Ist das nicht der Fall, so kann demnach eine Ausfertigung nicht erteilt werden (Stein a. a. O. Bem. I zu § 733 S. 441). Daran kann der vom Beschwerdeführer hervorgehobene Umstand, daß das Amtsgericht nach seinen Akten immerhin den Inhalt des Vollstr.-Befehls feststellen könne, nichts ändern.

Dem Gläubiger bleibt daher nichts übrig, als ein neues Mahnverfahren einzuleiten oder Klage zu erheben. Der drohenden Einrede der Rechtshängigkeit kann er durch Zurücknahme der ersten Klage begegnen. Die Einrede der Rechtskraft steht der neuen Klage nicht im Wege. Sollte der bereits erwirkte Vollstr.-Befehl rechtskräftig geworden sein, so hätte die Rechtskraft doch nur die Bedeutung, daß die Entscheidung, die nach § 700 ZPO. einem vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil gleichsteht, den Richter, der sich neu mit der Sache zu befassen hätte, binden würde. Sie würde aber nicht hindern, daß der rechtskräftig festgestellte Anspruch neu eingeklagt werden könnte. Das erforderliche Rechtsschutzinteresse, das im allgemeinen einer derartigen neuen Klage freilich abgesprochen werden müßte, wäre in einem Fall wie dem vorliegenden anzuerkennen (Stein Vorbem. vor § 253, Bem. IV Nr. 2b; HansGZ. Beibl. 1907 Nr. 13 S. 16).

Beschluß des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 28. Juni 1917. H. w. Gr. Bs. Z. III. 46/17. B.

233. Ungebührliche Verzögerung der Pflichten eines Schiedsrichters.

ZPO. § 1032 Abs. 2.

Das Hanseatische Oberlandesgericht hat früher (OLGRspr. 17, 209) einmal ausgesprochen, bei den Worten des Abs. 2 des § 1032 ZPO.: „wenn der Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert" komme es nicht auf ein Verschulden des Schiedsrichters an, sondern darauf, ob den Parteien das weitere Abwarten zuzumuten sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob mit dieser Wendung dem in dem Gesetzesausdruck: „ungebührlich" enthaltenen persönlichen Umstand (welcher auf eine Nachlässigkeit des Schiedsrichters hinzudeuten scheint) genügend Rechnung getragen ist. Man wird stets im Auge zu behalten haben, daß der von einer Partei erwählte Schiedsrichter ihr Vertrauen in besonderem Maße genießt und daß daher selbst eine erhebliche Verzögerung der Erledigung seiner Arbeit, auch wenn sie auf in der Person des Schiedsrichters liegende Umstände zurückzuführen wäre, für sich allein der Gegenpartei noch nicht das Recht geben kann, deshalb den Schiedsrichter abzulehnen. Denn Verzögerungen in der Rechtsprechung sind auch bei den ordentlichen Gerichten nichts Seltenes. Es wird daher immer darauf ankommen, ob die Verzögerung bei Anlegung eines sachlich verständigen Maßstabes geradezu als „ungebührlich" bezeichnet werden muß, d. h. als eine ungehörige Außerachtlassung der gebotenen Rücksicht auf beide Parteien. Dem steht nun im vorliegenden Fall schon entgegen, daß der Schiedsrichter Anfang Oktober 1916 seine Tätigkeit aufgenommen, die Akten durchgearbeitet und Ende Oktober eine Besichtigung vorgenommen hat. Die vorangegangene Verzögerung seiner Tätigkeit während acht Monaten würde allerdings auffällig sein, und wohl unter andern Umständen als „ungebührlich" beurteilt werden müssen. Allein es ist durchaus einleuchtend, was der Schiedsrichter am 6. Oktober d. J. zu Protokoll gegeben hat, daß er während der Kriegszeit als Geschäftsführer der Weserheizungswerke beruflich in ganz außerordentlichem Maß in Anspruch genommen gewesen ist. Die Partei, welche einen solchen Fachmann als ihren Schiedsrichter erwählt, wird nur schwer einen andern Mann finden können, der in gleichem Maße ihr Vertrauen besitzt. Diese Rücksicht darf nicht außer acht gelassen werden, wenn man erwägt, ob jetzt, wo der Schiedsrichter bereits tätig geworden ist, von der Gegenpartei wegen der früher vorgekommenen Verzögerung seiner Pflichten das Recht, ihn abzulehnen, in Anspruch genommen wird.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 27. Nov. 1916. G. Br. w. H. & N. Bs. I. 103/16. Nö.

234. Durch eine Teilzahlung des selbstschuldigen Bürgen nach der Konkurseröffnung über den Hauptschuldner wird das Recht des Konk.-Gläubigers auf volle Befriedigung nicht verringert.

Vgl. 16 Nr. 71; 24 Nr. 224; 69 Nr. 196 m. N.
KO. § 68; BGB. § 774.

Auf die zum Konkurse des V. vom Beklagten in Höhe von 5534,83 *M* angemeldete Forderung hat der Beklagte von den Erben des D., der sich für die Forderung verbürgt hatte, nach dem Prüfungstermin 4000 *M* gezahlt erhalten. Der klagende Konk.-Verwalter verlangt deshalb mit der auf § 767 ZPO. gestützten Klage die Feststellung, daß dem Beklagten wegen der erwähnten Forderung von 5534,83 *M* in Höhe von 4000 *M* keine Ansprüche mehr gegen die Konk.-Masse zuständen. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß zwar nach § 774 BGB. die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, soweit der Bürge den Hauptschuldner befriedigt, auf den Bürgen übergehe, daß aber der Kläger die den Tatbestand des § 774 BGB. verneinende Behauptung des Beklagten, die 4000 *M* seien nur auf den Ausfall gezahlt worden, nicht widerlegt habe.

Das Landgericht hat hierbei außer acht gelassen, daß in § 68 KO. bestimmt ist: „Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konk.-Verfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte". Dieser Fall liegt hier vor. Der Gemeinschuldner und die Erben des Bürgen D. hafteten nebeneinander für die Forderung von 5534,83 *M*, denn D. hatte sich nach der zutreffenden Ausführung des Klägers als Selbstschuldner dafür verbürgt, was sich schon ohne weiteres aus dem Wortlaut des Bürgschaftsscheins ergibt (§§ 765. 773 Nr. 1 BGB.). Wäre übrigens die Bürgschaft, wie der Beklagte es darzustellen versucht, eine Ausfallbürgschaft gewesen, so würde in der Zahlung der 4000 *M* ein Verzicht auf das Nacheinander der Haftungen zu finden und demgemäß dadurch das in § 68 KO. erwähnte Nebeneinander der Haftungen geschaffen worden sein (vgl. Jaeger KO[3] zu § 68 Anm. 3. I, 719). Da mithin die D.schen Erben, als Bürgen, neben dem Gemeinschuldner für die Forderung des Beklagten hafteten, so braucht sich der Beklagte, dessen Forderung zur Zeit der Eröffnung des Konk.-Verfahrens noch in voller Höhe bestand, nicht mit der Konk.-Dividende für den jetzt noch ungetilgten Teil der Forderung zu begnügen, er kann vielmehr nach § 68 KO. seine volle Befriedigung erstreben. Die Vorschrift des § 68 KO. hat, wie die Motive ergeben, verhüten wollen, daß der Konk.-Gläubiger, der nach der Konk.-Eröffnung von seiten eines mithaftenden Gesamtschuldners eine Teilzahlung erhalten hat, im Konkurse nur noch von dem Restbetrage die Konk.-Dividende zu beanspruchen

hätte, wie dies ohne die Bestimmung des § 68 KO. nach § 774 BGB. für eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung der Fall sein würde.

Vgl. RGEntsch. 8, 292; 52, 171; SchlHolstAnz. 1914, 56; Jaeger KO. Anm. 1 zu § 68 I, 717. 718; Mot. zur KO. 2, 287.

Der Klaganspruch ist also hinfällig, ohne daß es darauf ankommt, ob die 4000 M auf den Ausfall gezahlt sind oder nicht. Demgemäß war die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 11. Juli 1916. B. Konk. w. Chem. Düngerfabr. U II. 19/16. SchlHolstAnz. 1917, 119.

---

235. Die Anfechtungsfrist nach § 41 KO. ist eine Ausschlußfrist.

Vgl. 67 Nr. 123 m. N.

KO. § 41.

Die Beklagte hatte im Mai 1913 wegen einer Forderung gegen den Fuhrherrn K. G. dessen Geschäftseinrichtung pfänden lassen. Nach dem inzwischen eingetretenen Tode des Schuldners wurde über dessen Nachlaß am 30. Juli 1913 der Konkurs eröffnet. Der Konk.-Verwalter ließ die gepfändeten Gegenstände versteigern und hinterlegte den Erlös. Er focht die von der Beklagten veranlaßte Pfändung binnen Jahresfrist nach Eröffnung des Konkurses mit einer bei dem Landgericht I in Berlin erhobenen Klage an, wurde aber wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen. Binnen sechs Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der abweisenden Entscheidung machte er sodann am 7. Oktober 1915 den vorliegenden Rechtsstreit durch Anfechtungsklage beim Landgericht III in Berlin mit dem Antrage anhängig, festzustellen, daß der Beklagten ein Recht auf den Erlös der am 21. Mai 1913 gepfändeten Gegenstände nicht zustehe. Das Landgericht wies die Klage auf Grund des § 41 KO. ab. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen, ebenso seine Revision. Aus den Gründen:

„Die Begründung des Ber.-Urteils geht zutreffend davon aus, daß der dem Konk.-Verwalter wegen Benachteilung der Konk.-Gläubiger zustehende Anfechtungsanspruch gerichtlich mittels Klage oder Einrede geltend zu machen sei, und die im § 41 KO. vorgeschriebene einjährige Frist die Eigenschaft nicht einer Verjährungs-, sondern einer Ausschlußfrist habe. Da die zur Beurteilung stehende Anfechtungsklage erst nach Ablauf der gesetzlichen Ausschlußfrist erhoben ist, muß auch der Entscheidung des Ber.-Richters, der im Einklang mit dem Landgericht die Klage als verspätet abgewiesen hat, beigestimmt werden. Ausschlußfristen, die einer Befugnis von vornherein eine gewisse zeitliche Schranke setzen, sind verschieden von den Verjährungsfristen, die nur eine Einrede gegen einen Anspruch begründen, und sind durch-

greifender als diese. Unter den Ausschlußfristen unterliegen wiederum die auf Gesetz beruhenden einer strengeren Beurteilung als die vertraglich bestimmten Fristen. Bei letzteren kann nach den das Vertragsrecht beherrschenden Vorschriften eine unverschuldete Fristversäumung unschädlich bleiben. Bei gesetzlichen Ausschlußfristen führt die Tatsache des Ablaufs der unbenutzt gebliebenen Frist den Rechtsverlust herbei, sofern nicht eine besondere Bestimmung des Gesetzes eine Milderung vorsieht. Der § 41 KO. erklärt den § 203 Abs. 2 und § 207 BGB. für entsprechend anwendbar, woraus klar erkennbar wird, daß im übrigen eine entsprechende Anwendung der für die Verjährung geltenden Vorschriften auf den Lauf der Frist des § 41 nicht eintreten soll. Darum erscheint es namentlich ausgeschlossen, hier die Anfechtungsfrist aus dem Grunde, weil Kläger binnen 6 Monaten nach Abweisung seiner erfolglosen Vorklage von neuem geklagt hat, nach Anhalt der Vorschriften des § 212 BGB. für gewahrt zu erachten. Auch die Revision steht auf diesem Standpunkte. Sie sucht indes geltend zu machen, im Vorprozeß sei der Anfechtungsanspruch rechtshängig gemacht worden und damit die Frist des § 41 eingehalten, diese Wirkung sei durch die wegen Unzuständigkeit des Gerichts erfolgte Abweisung der Vorklage nicht aufgehoben worden. Dieser Ausführung ist jedoch nicht zu folgen.

Das Reichsgericht hat schon wiederholt gegenüber Klaganspruchen, für deren Geltendmachung gesetzliche Ausschlußfristen in Betracht kamen, die Ansicht vertreten, daß die Frist durch eine bei einem unzuständigen Gericht erhobene und deshalb erfolglos gebliebene Klage nicht gewahrt werde (vgl. RGEntsch. 3, 303, Urt. des 3. ZivSen. v. 13. Dez. 1907, III. 179/07). Daran ist auch für den vorliegenden Fall festzuhalten. Zur Wahrung der Frist des § 41 KO. durch Klage des Konk.-Verwalters ist der Natur der Sache nach erforderlich, daß sich die Klage als geeignet erweist, zu einer sachlichen Entscheidung über den Anfechtungsanspruch zu führen. Ist den Prozeßvoraussetzungen nicht genügt, wird insbesondere die Klage bei einem unzuständigen Gericht erhoben und deshalb abgewiesen, so stellt sie nur einen mißlungenen, verfehlten Versuch zur Ausübung des Anfechtungsrechts dar. Wird sodann der Anfechtungsanspruch von neuem und diesmal durch Klage bei dem zuständigen Gericht geltend gemacht, so ist für die Frage der Rechtzeitigkeit der Anspruchserhebung lediglich der Zeitpunkt entscheidend, in welchem die neue Klage rechtshängig geworden ist. Die sachlich wirkunglose Vorklage kann der Kläger nach keiner Richtung und insbesondere nicht zum Nachweis, daß die Anfechtungsbefugnis noch nicht erloschen sei, heranziehen. Insofern darf grundsätzlich die gleiche Beurteilung wie in dem

Fall Platz greifen, daß die Vorlage durch Zurücknahme erledigt, mithin gemäß § 271 Abs. 3 ZPO. als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Selbst auf dem Gebiet des minder strengen Verjährungsrechts sind die Fälle, wenn die Klage zurückgenommen wird, oder wenn sie durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird, miteinander auf gleiche Linie gestellt. Die Regel-Vorschrift des § 212 Abs. 1 BGB., wonach in beiden Fällen die Unterbrechung durch Klagerhebung als nicht erfolgt gilt, beruht auf einer Grundanschauung, die für gesetzliche Ausschlußfristen keineswegs weniger berechtigt als für Verjährungsfristen ist (Motive 1, 330). In diesem Sinne erscheint jene Vorschrift erwähnenswert, wiewohl der § 212 vorliegend weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar ist. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 6. Juni 1916. G. Konk. (Kl.) w. H. St. & Co. (KG. Berlin). VII. 91/16. Auch in RGEntsch. 88 Nr. 73 S. 294.

Register

über

den 17. Band der dritten Folge (der ganzen Reihe 72. Band) des Archivs für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

(Die Zahlen bedeuten den Platz in der Aufeinanderfolge, die Nummer.)

Erster Teil.

Bürgerliches Recht.

I. Die allgemeinen Lehren.

1. Die Rechtsregeln.

A. Zeitliche Wirksamkeit des Rechts.

EinfG. z. BGB. Art. 14. Die in einem altrechtlichen Testament vorbehaltene Bestimmung des Erben durch einen Dritten muß vor Eintritt des neuen Rechts erfolgt sein. 80.

B. Örtliche Wirksamkeit.

EinfG. Art. 11. 13. Form der Eheschließung zwischen Deutschen und Ausländern im Auslande. 64.

EinfG. Art. 11. Form eines von einem Ausländer im Inlande errichteten Testaments. 187.

EinfG. Art. 21. Unterhalt eines unehelichen Kindes; die Umwandlungsklage des § 323 ZPO. im Verhältnis zum ausländischen Recht. 230.

2. Personen.

Natürliche Personen (BGB. §§ 1—20).

§ 14. S. bei § 18.

§ 18. Feststellung des Zeitpunktes des Todes bei der Todeserklärung. 65.

3. Sachen.

A. Beschränkt verkehrsfähige Sachen.

Haben die Anlieger einer städtischen Straße einen Entschädigungsanspruch wegen ihrer Veränderung? 77.

B. Verkehrsfähige Sachen (§§ 90—103).

§§ 99. 101². Streitwert bei einer Klage auf Herausgabe von Aktien nebst Dividendenscheinen und dem Bezugsrecht auf neue Aktien. 125.

4. Rechtsgeschäfte.

A. Geschäftsfähigkeit (§§ 104—115).

B. Willenserklärung (§§ 116—144).

C. Vertrag (§§ 145—157).

§ 252. Der zu ersetzende Gewinnentgang beschränkt sich nicht auf den Gewinn, der sonst rechtlich beansprucht werden konnte. 3. — Schadensberechnung bei Versäumung der nach § 283 BGB. gesetzten Nachfrist. 95.

§ 254. Gegenüber einer vorsätzlichen Schädigung kommt ein Mitverschulden des Geschädigten der Regel nach nicht in Betracht. 189 S. 317. — Unbegründete Abnahmeverweigerung des Käufers; der Verkäufer muß anderweit günstig zu verkaufen suchen. 31. — Umfang der von Fußgängern zu übenden Vorsicht. 178.

§ 260. Inhalt einer vorzulegenden Geschäftsbilanz und Mittel zu ihrer Nachprüfung. 17.

§ 269. Örtliche Zuständigkeit für den Wandelungsanspruch, wenn die Ware versteigert ist. 225. — Beim Cif-Geschäft sind Art und Weise der Beförderung wesentlich. 46. — Wo sind vom Staat beschlagnahmte Gegenstände zurückzuliefern? 4.

§ 271. Fest bestimmte Abrufzeit bei einem Nicht-Fixgeschäft. 93. — Die Bestimmung „Kasse gegen Dokumente" verpflichtet nicht zur Vorleistung, wenn der Käufer weiß, daß die Ware vertragwidrig ist. 9. — Auch bei der Abrede „Kasse gegen Dokumente" hat der Käufer unter Umständen das Recht zur vorherigen Prüfung der Ware. 118. — Bedeutung einer Nachlieferungsabrede beim überseeischen Abladegeschäft. 32. — Beim inländischen Abladegeschäft berechtigt die Nichteinhaltung der Abladezeit nicht zum Rücktritt. 70. — Über die Fälligkeit von Vermächtnisforderungen. 55.

§ 273. Kann bei beiderseitiger Verpflichtung zur Vorlegung einer Geschäftsbilanz ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden? 17. — Kann gegen die Klage aus einem Garantievertrage ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden? 126. — Unzulässigkeit einer Zurückbehaltung gegenüber der Widerspruchsklage gegen eine Pfändung. 168. — Der Hinterleger von Wertpapieren hat keinen Anspruch auf Herausgabe von Zinsscheinen, wenn der Kurswert gesunken ist und er die Sicherheit nicht erhöht. 112. — Persönliches Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers, dem der verstorbene Gemeinschuldner einen Versicherungsschein verpfändet hatte, gegen den Nachlaßpfleger. 162. — Ansprüche aus einer Sicherstellung mit dem Versicherungsschein über eine Militärdienstversicherung. 8. — Verneinung des Verzuges wegen des Rechts zur Zurückbehaltung. 210.

§ 275. Unmöglichkeit der Herausgabe einer Sache, wenn sie abhanden gekommen ist? Beweislast. 113. — Bei langfristigen Abrufverträgen braucht der Verkäufer nicht die ganze Menge schon zu Beginn auf Lager zu halten. 47.

§ 276. Über das Maß der von einem Schullehrer zu beobachtenden Vorsicht. 11. — Haftung der Bank, welche Bezugsrechte von Aktien in ihrem Depot ohne ausdrückliche Genehmigung des Besitzers für dessen Rechnung veräußert. 215.

§ 279. Gattungskauf, obgleich der Verkäufer aus einem bestimmten Lande zu liefern beabsichtigte. 71.

§ 280. Keine Verurteilung zu einer nachträglichen, inzwischen unmöglich gewordenen Leistung. 33.

§ 281. Unmöglichkeit der Leistung; ist der erlangte Ersatz dem Gläubiger auch bei Gattungsschulden herauszugeben? 94.

§ 283. Schadensberechnung bei Versäumung der nach § 283 gesetzten Nachfrist. 95.

§ 284. Unwirksamkeit der Nachfrist bei vertragwidrigem Abruf. 135. — S. ferner bei § 271.

§ 285. Verneinung des Verzuges wegen des Rechts zur Zurückbehaltung. 210. — Kündigung wegen nicht pünktlicher Mietezahlung setzt Verzug des Mieters voraus. 157.

§ 287. Zur Anwendung der sog. Kriegsklausel genügt der tatsächliche Kriegsausbruch. 5.

B. Verzug der Gläubigers (§§ 293—304).

2. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

A. Gegenseitiger Vertrag (§§ 320—327).

B. Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 328—335).

C. Vertragsstrafe (§§ 339—345).

D. Rücktritt (§§ 346—361).

3. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

A. Erfüllung (§§ 362—371).

B. Aufrechnung (§§ 387—396).

4. Übertragung der Forderung (§§ 398—413).

5. Schuldübernahme (§§ 414—419).

6. Einzelne Schuldverhältnisse.

A. Kauf.

a) Allgemeine Vorschriften (§§ 433—458).

b) Gewährleistung wegen Mängel der Sache (§§ 459—493).

c) Kauf auf Probe (§§ 494—496).

B. Schenkung (§§ 516—534).

L. Gesellschaft (§§ 705—740).

M. Bürgschaft (§§ 765—778).

N. Schuldanerkenntnis (§§ 780—782).

O. Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812—822).

P. Versicherungsvertrag mit Ausschluß der Seeassekuranz.

a) RGes. über die privaten Versicherungs-Unternehmungen v. 12. Mai 1901.

b) Reichs-Versicherungsordnung v. 19. Juli 1911.



Q. Unerlaubte Handlungen.

a) BGB. §§ 823—853.

§ 823. Über die Haftung aus unerlaubter Handlung in Vertragsverhältnissen. 158. — Über das Maß der von einem Schullehrer zu beobachtenden Vorsicht. 11.

§ 824. Warnung eines Kaufliebhabers vor Schwamm; Verstoß gegen die guten Sitten? 53.

§ 826. Schädigung durch arglistige Verleitung zu einer unentgeltlichen Zuwendung. 122. — Warnung eines Kaufliebhabers vor Schwamm; Verstoß gegen die guten Sitten? 53. — Haftung einer Bank aus dem einem Bankbeamten ausgestellten, dessen Unehrlichkeit verschweigenden Zeugnis. 189.

§ 833. Umfang der Aufsichtspflicht des Pferdehalters und der von Fußgängern zu übenden Vorsicht. 178.

§ 839. Wo sind vom Staat beschlagnahmte Gegenstände zurückzuliefern? Zulässigkeit des Rechtsweges. 4. — Über die Haftung des überstimmten Richters für eine Amtspflichtverletzung; Beweis. 159. — Amtspflichtverletzung bei Aufnahme eines Nottestaments durch den Gemeindevorsteher; Rücksichtnahme auf den Bildungsstand und auf die Umstände. 138. — Haftung des Postbeamten für Verschulden bei Einschreibsendungen. 97. — Haftung des Notars aus unzureichender Belehrung über das maßgebende frühere gemeine Recht. 179. — Haftung des Notars bei Aufnahme eines Vertrages zwischen Eheleuten über das Eigentum an Hausstandsachen. 56. — Die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Ansprüche gegen den Fiskus wegen Verschuldens von Staatsbeamten beschränkt sich nach preuß. Recht auf Verschulden auf öffentlich-rechtlichem Gebiet. 41.

§ 843. Kann die zugesprochene Unfallrente wegen späterer Verheiratung der Verletzten gemindert werden? 186.

b) Anfechtungsgesetz v. 21. Juli 1879.

§ 3[1]. Anfechtung einer Pfändung von Mieten. 54. — Strenge Anforderungen an den Entlastungsbeweis bei Anfechtung inkongruenter Deckungsgeschäfte. 110.

c) Unlauterer Wettbewerb (Ges. v. 7. Juni 1809).

§ 1. Verstoß gegen die guten Sitten beim Vertriebe von Markenartikeln. 217.

R. Verfügungen der Staatsgewalt.

Durch strafbare Handlung erlangte Gegenstände; zu § 111 StPO. 190. — Wo sind vom Staat beschlagnahmte Gegenstände zurückzuliefern? Zulässigkeit des Rechtsweges. 4. — Der Verlust der Ladung eines zu Kriegszwecken beschlagnahmten Schiffs ist Kriegsschaden; Ausschluß des Rechtswegs. 180.

RGes. 22. Juli 13. § 19. Entlassung eines Minderjährigen aus der Staatsangehörigkeit; die Genehmigung des Vorm.-Gerichts kann auch aus Staatsinteressen versagt werden. 139.

ErbschStG. § 57. Das Erbschaftssteueramt hat kein Recht zur Beschwerde über den Inhalt eines Erbscheins. 99.

III. Sachenrecht.

1. Besitz (§§ 854—872).

§ 854. Während der Auseinandersetzung nach beendeter Gütergemeinschaft hat der Mann keinen Anspruch auf Alleinbesitz. 13.

§ 861. Kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Eigentumsklage auf Herausgabe nach Durchführung einer Besitzklage; dagegen Feststellung des Eigentums. 191.

§ 868. Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers. 218.

2. Eigentum.

A. Inhalt des Eigentums (§§ 903—924).

§ 904. Der Verlust der Ladung eines zu Kriegszwecken beschlagnahmten Schiffs ist Kriegsschaden; Ausschluß des Rechtswegs. 180.

§ 906. Störung durch Geräusch; die Ortsüblichkeit wird durch politische Grenzen nicht ausgeschlossen. 12.

§ 907. Haben die Anlieger einer städtischen Straße einen Entschädigungsanspruch wegen ihrer Veränderung? 77.

B. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken (§§ 925—928).

§ 925. Nicht unter § 24 ZPO. fallen Klagen auf Gewährung und Übertragung des Eigentums. 103.

C. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

a) Übertragung (§§ 929—936).

§ 930. Eigentumserwerb zwischen Eheleuten an Sachen, die im gemeinschaftlichen Hausstand verbleiben. 56. — Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers. 218.

b) Verbindung (§§ 946—952).

§ 952. Eigentum an dem Versicherungsschein über eine Militärdienst-Versicherung. 8.

D. Ansprüche aus dem Eigentum (§§ 985—1007).

§ 985. Kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Eigentumsklage auf Herausgabe nach Durchführung der Besitzklage; dagegen Feststellung des Eigentums. 191. — Darf der Eigentümer, der ein rechtskräftiges Urteil auf Herausgabe erwirkt hat, gegen den Rechtsnachfolger seines Gegners eine neue Eigentumsklage erheben? 108.

§ 1004. Eigentumsstörung durch Geräusch; die Ortsüblichkeit wird durch politische Grenzen nicht ausgeschlossen. 12.

§ 1006. Vermutung des Eigentums der im Besitz befindlichen getrennt lebenden Ehefrau; Inhalt des Gegenbeweises. 140.

3. Hypothek (§§ 1113—1190).

1163. Ein formungültiges Schenkungsversprechen wird nicht durch Hypothekbestellung geheilt; die Hypothek wird Eigentümergrundschuld. 137.

4. Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten (§§ 1204—1296).

§ 1204. Ansprüche aus einer Militärdienst-Versicherung und aus einer Sicherstellung mit dem Versicherungsschein. 8.

§ 1223. Aufrechnung im Konkurse mit dem Überschuß aus einem nach der Konk.-Eröffnung verkauften Pfande. 24.

§ 1247. Aufrechnung im Konkurse mit dem Überschuß aus einem nach der Konk.-Eröffnung verkauften Pfande. 24.

§ 1296. Der Hinterleger von Wertpapieren zur Sicherheit hat keinen Anspruch auf Herausgabe von Zinsscheinen, wenn der Kurswert gesunken ist und er die Sicherheit nicht erhöht. 112.

5. Bergrecht (EinfG. Art. 67; preuß. Allg. BergG. v. 24. Juni 1865).

§ 128. Fallen Vergütungen für den Vorstand oder die Mitglieder eines Grubenvorstandes unter § 61 Nr. 1 KO? 91.

IV. Familienrecht.

1. Bürgerliche Ehe.

A. Eingehung der Ehe (§§ 1303—1322).

§ 1317. Form der Eheschließung zwischen Deutschen u. Ausländern im Auslande. 64.

B. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe (§§ 1323—1347).

§ 1333. Unzulässigkeit der Anfechtung der Ehe wegen Unfruchtbarkeit des andern Ehegatten. 160.

§ 1345. Unterhaltsansprüche der getäuschten Ehefrau nach rechtskräftiger Anfechtung der Ehe wegen arglistiger Täuschung. 181.

C. Wirkungen der Ehe im allgemeinen (§§ 1353—1362).

§ 1362. Eigentumserwerb zwischen Eheleuten an Sachen, die im gemeinschaftlichen Hausstand verbleiben. 56.

D. Eheliches Güterrecht.

a) Gesetzliches Güterrecht (§§ 1363—1431).

§ 1387. Gegen den Anspruch der Frau auf Vorschuß der Prozeßkosten darf der Mann nicht aufrechnen. 78.

§ 1391. Voraussetzungen des Anspruchs der Frau auf Sicherheitsleistung. 57.

b) Vertragmäßiges Güterrecht (§§ 1432—1557).

§ 1472. Während der Auseinandersetzung nach beendeter Gütergemeinschaft hat der Mann keinen Anspruch auf Alleinbesitz. 13.

§ 1487. Über das Verfügungsrecht der Abkömmlinge bis zur Auseinandersetzung. 192. — Zur Umschreibung eines Grundstücks auf Witwe und Kinder in fortgesetzter Gütergemeinschaft bedarf es der Zustimmung der volljährigen Kinder. 14.

§ 1491. Über das Verfügungsrecht der Abkömmlinge bis zur Auseinandersetzung. 192.

E. Scheidung der Ehe (§§ 1564—1587).

§ 1568. Ist Nichteinhaltung des versprochenen Religionswechsels ein Ehescheidungsgrund? 219.

§ 1574. Zustellung des Urteils im Ehescheidungsverfahren von Amts wegen. 128.

§ 1578. Kann eine Klage auf Unterhaltsgewährung schon während des Scheidungsstreits gegen den schuldigen Eheteil erhoben werden? 107.

§ 1579. Unterhaltspflicht des geschiedenen wieder verheirateten Ehemanns; wieweit ist die Frau zum Erwerb durch Arbeit verpflichtet? 161.

2. Verwandtschaft.

A. Unterhaltspflicht (§§ 1601—1615).

§ 1608. Standesmäßiger Unterhalt einer von ihren Verwandten unterhaltenen Ehefrau; Einfluß des Krieges? 220.

§ 1610. Standesmäßiger Unterhalt einer von ihren Verwandten unterhaltenen Ehefrau; Einfluß des Krieges? 220.

§ 1614. Unterhaltsansprüche aus Beschädigungen unterliegen dem Verzicht. 181.

B. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder (§§ 1616—1698).

§ 1620. Bemessung der Aussteuer. 193.

§ 1630 Abs. 2. Voraussetzungen einer Auseinandersetzung zwischen Vater und Kind nach dem Tode der Mutter. 221.

§ 1631. Über das Züchtigungsrecht der Stiefmutter. 194.

§ 1636. Das elterliche Recht auf Verkehr mit dem Kinde darf nicht durch einen Beauftragten ausgeübt werden. 141.

§ 1636. Haben die leiblichen Eltern eines an Kindesstatt angenommenen Kindes ein klagbares Recht auf persönlichen Verkehr? 142.

C. Mehrheit von Erben; Rechtsverhältnis der Erben untereinander (§§ 2032—2057).

§ 2038. Eine Erbengemeinschaft kann nicht als Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen werden. 100.

§ 2042. Voraussetzungen einer Auseinandersetzung zwischen Vater und Kind nach dem Tode der Mutter. 221.

3. Testament (§§ 2064—2273).

§ 2065. Die in einem altrechtlichen Testament vorbehaltene Bestimmung des Erben durch einen Dritten muß vor Eintritt des neuen Rechts erfolgt sein. 80.

§ 2079. Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments auf Grund einer späteren Kindesannahme; Berufung des Erben auf deren Unsittlichkeit. 195.

§ 2176. Über die Fälligkeit der Vermächtnisforderungen. 55.

§ 2184. S. bei § 2176.

§ 2231. Form eines von einem Ausländer im Inlande errichteten Testaments. 187. — Das eigenhändige Privattestamt erfordert eine eigenhändige Ortsangabe. 16.

§ 2249. Amtspflichtverletzung bei Aufnahme eines Nottestaments durch den Gemeindevorsteher; Rücksichtnahme auf den Bildungsstand und auf die Umstände. 138.

§§ 2269/70. Über die Befugnisse des Längstlebenden nach einem wechselseitigen Testament entscheidet der einzelne Fall. 81. — Ungültigkeit fraudulöser Schenkungen des in einem korrespektiven Testamente eingesetzten überlebenden Ehegatten. 196.

4. Erbvertrag (§§ 2274—2302).

§ 2281. Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments auf Grund einer späteren Kindesannahme; Berufung des Erben auf deren Unsittlichkeit. 195.

§ 2287. Ungültigkeit fraudulöser Schenkungen des in einem korrespektiven Testament eingesetzten überlebenden Ehegatten. 196.

§ 2301. Schenkung auf den Todesfall durch Vertrag zugunsten Dritter. 34.

5. Erbschein (§§ 2353—2370).

§ 2353. Das Erbschaftssteueramt hat kein Recht zur Beschwerde über den Inhalt eines Erbscheins. 99.

§ 2365. S. bei § 2353.

VI. Handelsrecht.

1. Handelsstand.

A. Kaufleute (HGB. §§ 1—7).

§ 1. Eine Stadtgemeinde wird durch ihre Lebensmittelbesorgung nicht Kaufmann. 143. — Das Auftreten als Kaufmann rechtfertigt nicht die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist des § 196[1] BGB. 171.

B. Handelsbücher (§§ 38—47).

§ 39. Inhalt einer vorzulegenden Geschäftsbilanz und Mittel zu ihrer Nachprüfung. 17.

C. Handlungsgehülfen und Lehrlinge (§§ 59—83).

§ 60. Für den Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. besteht kein Konkurrenzverbot; er hat aber bei Eigengeschäften die Interessen der Gesellschaft zu wahren. 82.

D. Handlungsagenten (§§ 84—92).

§ 88. Hat der Handlungsagent einen Provisionsanspruch für Geschäfte mit ihm selber? 58.

2. Handelsgesellschaften und Genossenschaften.

A. Offene Handelsgesellschaft (§§ 105—160).

§ 105. Eine Erbengemeinschaft kann nicht als Gesellschafter eingetragen werden. 100.

§ 133. Kein Recht zum Rücktritt von einem schon ausgeführten Gesellschaftsvertrage. 182.

§ 139. Eine Erbengemeinschaft kann nicht als Gesellschafter eingetragen werden. 100.

B. Aktiengesellschaft (§§ 178—319).

§ 213. Der Aktionär hat nicht schon gesetzlich Anspruch auf Ausstellung von Gewinnanteilscheinen. 144.

C. Gesellschaft mit beschränkter Haftung
(Ges. v. 20. April 1892/20. Mai 1898).

§§ 1 ff. Kann das Werben zum Beitritt zu einer Gesellschaft m. b. H. eine Vertragsverletzung begründen? 163.

§ 7. Nachschüsse zur Abwendung des Konkurses dürfen während der Liquidation nicht erhoben werden. 197.

§§ 21 ff. Voraussetzungen der Ausfallshaftung eines ausgeschlossenen Gesellschafters. 198.

§ 35. Für den Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. besteht kein Konkurrenzverbot; er hat aber bei Eigengeschäften die Interessen der Gesellschaft zu wahren. 82.

§ 105. Nachschüsse dürfen während der Liquidation zur Abwendung des Konkurses nicht erhoben werden. 197.

§ 140. Nachschüsse dürfen während der Liquidation zur Abwendung des Konkurses nicht erhoben werden. 197.

D Wirtschaftsgenossenschaft (Ges. v. 1. Mai 1889/20. Mai 1898).

§ 15. Erfordernis der Beitrittserklärung neben dem Erwerb eines Geschäftsanteils. 123.

3. Handelsgeschäfte.

A. Allgemeine Vorschriften (§§ 343—372).

§§ 343 ff. Lebensmittelbesorgung während des Krieges durch die Stadtgemeinde ist kein Handelsgeschäft. 143.

§ 346. Bedeutung der Abrede: „waggonfrei X"; Inhalt der vom Verkäufer übernommenen Versendungspflicht. 119. — Stillschweigende Erledigung eines Lieferungsgeschäfts. 188. — Keine Mäklergebühr bei aufschiebend bedingtem Geschäft. 73.

B Handelskauf (§§ 373—382).

§ 376. Bedeutung der Abmachung, daß die Ware innerhalb bestimmter Frist zu verladen ist. 213. — Beim inländischen Abladegeschäft berechtigt die Nichteinhaltung der Abladezeit nicht zum Rücktritt. 70. — Fest bestimmte Abrufzeit bei einem Nicht-Fixgeschäft. 93.

§ 377. Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ist nach sachlichem Maßstabe zu beurteilen. 39. — Untersuchung und Mängelrüge, wenn die Ware in verschiedenen Teilen nacheinander geliefert wird. 199. — Verzögerung der Mängelrüge durch zweimalige Untersuchung der Ware. 223.

§ 379. Versteigerung beanstandeter Ware als nützliche Geschäftsführung. 143.

§ 380. Bier- und Mineralwasserflaschen und Tragkasten gelten als mitverkauft, wenn sie nicht in angemessener Frist zurückgegeben werden. 49.

C. Kommissionsgeschäft (§§ 383—406).

§ 383. Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers. 218.

Zweiter Teil.

Verfahren.

I. Allgemeine Lehren.

1. Zulässigkeit des Rechtsweges.

(S. unter 2, GVG. § 13.)

2. Gerichtsverfassung (GVG.).

§ 13. Zulässigkeit des Rechtswegs für den Anspruch auf Rücklieferung vom Staat beschlagnahmter Gegenstände. 4. — Der Rechtsweg ist ausgeschlossen für Ansprüche aus dem Verlust der Ladung eines für Kriegszwecke beschlagnahmten Schiffs. 180.

§ 70 Abs. 3. Die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Ansprüche gegen den Fiskus wegen Verschuldens von Staatsbeamten nach preuß. Recht gilt nur bei Verschulden auf öffentlich-rechtlichem Gebiet. 41.

§ 159. Rechtshülfe; der Beweisbeschluß muß die zu beweisenden Tatsachen genau bezeichnen. 44.

§ 179. Eine Ungebührstrafe kann nur der Richter verhängen, der die Sitzungspolizei ausgeübt hat; Haft nicht über drei Tage. 42.

§ 184. S. bei § 179.

3. Gerichtskosten (GKG.).

§ 94. Verhältnis der Staatskasse zu den Parteien hinsichtlich der Gerichtskosten im Fall des § 94¹ GKG. 102.

4. Gebühren von Zeugen und Sachverständigen

(GebO. v. 30. Juni 1878/20. Mai 1898).

§ 1. Stellung des Zeugen im Zwischenstreit über seine Zeugnisverweigerung; kein Anspruch auf Zeugengebühr. 20.

II. Zivilprozeß-Verfahren.

1. Allgemeine Bestimmungen.

A. Gerichte.

a) Sachliche Zuständigkeit (ZPO. §§ 1—11).

§ 4. Der Anspruch auf Herausgabe der Dividendenscheine ist Nebenforderung des Anspruchs auf Herausgabe von Aktien, nicht so der Anspruch auf ein Bezugsrecht neuer Aktien. 125.

b) Gerichtsstand (§§ 12—37).

§ 24. Nicht unter § 24 ZPO. fallen Klagen auf Gewährung und Übertragung des Eigentums. 103.

§ 29. Örtliche Zuständigkeit für den Wandelungsanspruch, wenn die Ware versteigert ist. 225.

§ 33. Voraussetzungen des besonderen Gerichtsstands und der Zulässigkeit der Widerklage. 126. — Unzulässigkeit einer Widerklage gegen eine Pfändung. 168.

§ 36³. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36³ setzt voraus, daß die Beklagten Streitgenossen sind. 147.

B. Parteien.

a) Partei- und Prozeßfähigkeit (§§ 50—58).

§ 51. Zustellung des Urteils an einen unrichtigen Vertreter der prozeßunfähigen Partei hindert die Rechtskraft nicht. 231.



b) Beteiligung Dritter am Rechtsstreit (§§ 64—77).

§ 66. Nebenintervention des Erbschaftskäufers zugunsten des mit einem Erbschaftsanspruch belangten Verkäufers. 226. — Keine Nebenintervention nach rechtskräftiger Entscheidung des Rechtsstreits. 183.

§ 68. Umfang der Maßgeblichkeit der Entscheidung für den Nebenintervenienten. 56 S. 93.

§ 70. S. bei § 74.

§ 74. Umfang der Maßgeblichkeit der Entscheidung für den nicht beigetretenen Dritten. Nr. 56 S. 93. — Berufung des Empfängers der Streitverkündung: die Beitrittserklärung muß beiden Parteien vor der Berufungseinlegung zugestellt sein. 83.

c) Prozeßbevollmächtigte und Beistände (§§ 78—90).

§ 81. Heilung einer unwirksamen Klagezustellung durch Nachbringung der Vollmacht. 86.

d) Prozeßkosten (§§ 91—107).

§ 91. Kostenlast, wenn der Beklagte seine Feststellungs-Widerklage gegen eine Teilklage nach deren Erweiterung auf das Ganze für erledigt erklärt. 62. — Erstattung der Kosten eines zweiten Prozeßbevollmächtigten, wenn der Vertreter des zum Heeresdienst eingezogenen ersten wegen persönlicher Beziehungen zum Gegner die Vertretung abgelehnt hat. 43.

§ 93. Prozeßkosten bei einem Anerkenntnisurteil, wenn der Kläger schon eine vollstreckbare Urkunde hatte. 59.

§ 99 Abs. 2. Auch das erst nach dem Anerkenntnisurteil ergehende Kostenurteil ist nur mit Berufung anfechtbar. 184. — Unzulässigkeit der Beschwerde gegen ein Kostenurteil nach vorangegangenem Teilurteil zur Hauptsache. 202.

§ 100. Kostenberechnung, wenn bei mehreren Beklagten im Urteil eine Kostentrennung vorgenommen ist. 227.

§ 103. Der Kostengläubiger hat Anspruch auf einen vollstreckbaren Titel. 60. — Stellung des Zeugen im Zwischenstreit über seine Zeugnisverweigerung; kein Anspruch auf Zeugengebühr, sondern auf Erstattung der Unkosten gemäß §§ 103 ff. ZPO. 20.

e) Sicherheitsleistung (§§ 108—113).

§ 109. Der Hinterleger von Wertpapieren zur Sicherheit hat keinen Anspruch auf Herausgabe von Zinsscheinen, wenn der Kurswert gesunken ist und er die Sicherheit nicht erhöht. 112.

f) Armenrecht (§§ 114—127).

§ 114. Voraussetzung einer Armenrechtsbewilligung ist Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts. 104. — Armenrecht für die Ehefrau eines in Deutschland abgesperrten Engländers für eine Ehescheidungsklage. 18.

§ 127. Beschwerde gegen Entziehung des Armenrechts ist unzulässig, wenn ein Rechtsstreit nicht mehr anhängig ist. 84.

C. Verfahren.

a) **Mündliche Verhandlung** (§§ 128—165).

§ 138. Bedeutung des Verzichts des Beklagten auf eine Einrede. 61.

b) **Wiedereinsetzung i. d. v. St.** (§§ 230—239).

§ 234. Unterbrechung des Verfahrens gegen einen Kriegsteilnehmer, auch wenn nur eine Wiedereinsetzung i. d. v. St. in Frage kommen kann. 85.

c) Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (§§ 239—252).

2. Verfahren in 1. Instanz.

A. Vor den Landgerichten.

a) Verfahren bis zum Urteil (§§ 253—299).

b) Urteil (§§ 300—329).

§ 325. Maßgebend für das Urteil ist die Anspruchsbegründung. 228. — Darf der Eigentümer, der ein rechtskräftiges Urteil auf Herausgabe erwirkt hat, gegen den Rechtsnachfolger seines Gegners eine neue Eigentumsklage erheben? 108. — Kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Eigentumsklage auf Herausgabe nach Durchführung der Besitzklage; dagegen Feststellung des Eigentums. 191.

c. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme (§§ 355—370).

§ 359. Der Beweisbeschluß muß die zu beweisenden Tatsachen genau bezeichnen. 44.

d) Zeugenbeweis (§§ 373—401).

§ 376. Beweis über die Abstimmung in einem Richterkollegium. 159.

§ 387. Stellung des Zeugen im Zwischenstreit über seine Zeugnisverweigerung. 20.

§ 401. Stellung des Zeugen im Zwischenstreit über seine Zeugnisverweigerung; kein Anspruch auf Zeugengebühr; er hat seine Kosten nach § 103 ff. ZPO. geltend zu machen. 20.

e) Beweis durch Sachverständige (§§ 402—414).

§ 411. Darf der Sachverständige Hülfskräfte benutzen? 87.

f) Beweis durch Urkunden (§§ 415—444).

§ 415. Hat eine Partei gegen die andere einen Anspruch auf Berichtigung einer Urkunde? 149. — Gegenbeweis gegen eine Urkunde, daß dieser Teil beim Vorlesen überhört worden sei. 21.

g) Beweis durch Eid (§§ 445—477).

§ 446. Freie Beweiswürdigung eines durch die verstorbene ursprüngliche Partei vorschriftwidrig abgeleisteten Eides. 164.

§ 471. Freie Beweiswürdigung eines von der verstorbenen ursprünglichen Partei vorschriftwidrig abgeleisteten Eides. 164.

h) Verfahren bei der Abnahme von Eiden (§§ 478—484).

§ 481. Form der Eidesabnahme im Felde. 164.

B. Vor den Amtsgerichten (§§ 495—510c).

§ 505. Entlastung der Gerichte; Anwendbarkeit des Verweisungsverfahrens nach § 505 auf das Verfahren vor den Oberlandesgerichten. 205.

3. Rechtsmittel.

A. Berufung (§§ 511—544).

§ 516. Die Zustellung des Urteils an einen unrichtigen gesetzlichen Vertreter der prozeßunfähigen Partei hindert nicht die Rechtskraft. 231.

§ 518. Berufung des Empfängers der Streitverkündung; die Beitrittserklärung muß beiden Parteien vor der Ber.-Einlegung zugestellt sein. 83.

§ 538³. Keine Zurückverweisung in die 1. Instanz, wenn dort die Schadensklage nur wegen nicht vorhandenen Schadens abgewiesen ist. 88.

B. Revision (§§ 545—566).

§ 547. Ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Ansprüche gegen den Fiskus wegen Verschuldens von Staatsbeamten nach preuß. Recht nur bei Verschulden auf öffentlich-rechtlichem Gebiet. 41.

C. Beschwerde (§§ 567—577).

§ 567. Beschwerde gegen Entziehung des Armenrechts ist unzulässig, wenn ein Rechtsstreit nicht mehr anhängig ist. 84.

§ 568. Weitere Beschwerde wegen versagten rechtlichen Gehörs nur bei Übergehung erheblicher Anträge. 63.

4. Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578—591).

§ 578. Nach rechtskräftiger Entscheidung des Rechtsstreits ist eine Nebenintervention unstatthaft. 183.

§ 579[4]. Die Zustellung des Urteils an einen unrichtigen Vertreter der prozeßunfähigen Partei hindert nicht die Rechtskraft. 231.

§ 580[7b]. Keine Restitution auf Grund einer Urkunde, über deren Inhalt die Partei sich schon während des früheren Verfahrens unterrichten konnte. 166.

§ 586. Die Zustellung des Urteils an einen unrichtigen Vertreter der prozeßunfähigen Partei hindert nicht die Rechtskraft. 231.

5. Ehesachen (§§ 606—639).

Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern (§§ 640—644).

§ 625. Zustellung des Urteils im Ehescheidungsverfahren von Amts wegen. 128.

§ 627. Ist das Ehegericht bei einer einstweil. Verfügung wegen der Kinder an einen vorangegangenen Beschluß des Vorm.-Gerichts gebunden? 167.

§ 643. Zulässigkeit eines Rechtsstreits zwischen den Eltern eines Kindes aus nichtiger Ehe über dessen Herausgabe vor Feststellung seines Familienstandes. 38.

6. Mahnverfahren (§§ 688—703).

§ 700. Die Zw.-Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbefehl kann auch ohne Sicherheit eingestellt werden. 89. — Keine weitere Ausfertigung des Vollstreckungsbefehls, wenn die Urschrift verloren ist. 232.

7. Zwangsvollstreckung.

A. Allgemeine Bestimmungen (§§ 704—802).

§ 709. Die Zw.-Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbefehl kann auch ohne Sicherheit eingestellt werden. 89.

§ 719. Die Zw.-Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbefehl kann auch ohne Sicherheit eingestellt werden. 89.

§ 726. Verurteilung Zug um Zug; zur vollstreckbaren Ausfertigung ist eine Anordnung des Vorsitzenden nicht erforderlich. 109.

§ 727. S. bei § 731.

§ 730. Verurteilung Zug um Zug; zur vollstreckbaren Ausfertigung ist eine Anordnung des Vorsitzenden nicht erforderlich. 109.

§ 731. Darf der Eigentümer, der ein rechtskräftiges Urteil auf Herausgabe erwirkt hat, gegen den Rechtsnachfolger seines Gegners eine neue Eigentumsklage erheben? 108 — Kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Eigentumsklage nach Durchführung der Besitzklage; dagegen Feststellung des Eigentums. 191.

§ 733. Keine weitere Ausfertigung des Vollstreckungsbefehls wenn die Urschrift verloren ist. 232.

§ 766. Der Haftbeschluß im Offenbarungseid-Verfahren kann nur mit Beschwerde angefochten werden. 207.

§ 771. Widerspruchsklage gegen die nicht eingetragene Pfändung einer nur zur Sicherheit abgetretenen Buchhypothek. 206. — Unzulässigkeit einer Zurückbehaltung und einer Widerspruchsklage gegen eine Pfändung. 168.

§ 797. Keine weitere Ausfertigung des Vollstreckungsbefehls, wenn die Urschrift verloren ist. 232.

§ 788. Begriff der Zw.-Vollstr.-Kosten. 169.

2. Konkursverfahren (§§ 71—244).

IV. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

2. Grundbuchordnung v. 24. März 1897.

3. Notariat.

Übersicht

der Entscheidungen nach den Gerichtshöfen.

Berichtigungen.

Bd. 69 S. 411 Z. 19 v. u. statt 101: 161.

Bd. 70 S. 81 Z. 6 v. u. statt 39 Nr. 65: 39 Nr. 165.

Bd. 70 S. 400 Z. 20 v. u. statt Verjährung: Versicherung.

Bd. 71 S. 473 Z. 9 v. u. statt 139: 39.

Anhang.

Verzeichnis der Entscheidungen, die sowohl in den „Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen“ als in Seufferts Archiv veröffentlicht sind.

30. Fortsetzung zum Anhang in Bd. 42; vgl. Gen.-Verz. Bd. 58.

Entsch. des RG. Nr.	Entsch. des RG. Seite	Seufferts Archiv Bd.	Seufferts Archiv Nr.	Entsch. des RG. Nr.	Entsch. des RG. Seite	Seufferts Archiv Bd.	Seufferts Archiv Nr.
Bd. 88.				107	430	72	132
3	9	72	217	108	433	„	158
18	76	„	33				
23	97	„	50	**Bd. 89.**			
33	137	„	34				
34[1]	140	„	121	1	1	72	166
40	168	„	120	3	13	„	159
44	179	„	208	35	163	„	171
47	191	„	64	42	190	„	203
62	250	„	45	51	221	„	180
67	267	„	108	52[1]	225	„	209
71	287	„	94	74	330	„	177
73	394	„	235	75	334	„	182
89	366	„	137	80	351	„	176
100	407	„	122	95	424	„	183

J. A. Seufferts

Archiv

für

Entscheidungen der obersten Gerichte

in den deutschen Staaten

Dritte Folge achtzehnter Band

Der ganzen Reihe dreiundsiebzigster Band

Herausgegeben

von

H. F. Schütt†.

München und Berlin

Druck und Verlag von R. Oldenbourg

1918.

I. Bürgerliches Recht.

1. Unterwerfung unter die von der Gegenpartei gestellten Bedingungen durch Stillschweigen.

Vgl. 57 Nr. 233 m. N.; auch die beiden folgenden Nr. m. N.

BGB. § 151.

Die Klägerin hatte die Beklagte um Übermittelung eines Angebotes in gesalzenem Fleisch und gewissen andern Lebensmitteln ersucht. Darauf hatte diese der Klägerin ein Angebot gesandt, welches sich als freibleibend bezeichnete und auf einem Formular geschrieben war, welches den Seitenaufdruck enthielt:

Zahlungsbedingungen: Kassa gegen Lieferschein in Hamburg. Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung ist Hamburg. Aufträge gelten nur als angenommen nach ordnungmäßiger schriftlicher (nicht mündlicher) Bestätigung unsererseits.

Auf Grund dieses Angebots ist ein Geschäft nicht zustande gekommen. Dagegen haben demnächst neue Verhandlungen der Parteien am Fernsprecher zu einer grundsätzlichen Einigung geführt. Die Klägerin hat darauf den Abschluß schriftlich bestätigt, die Beklagte jedoch drahtlich die Bestätigung vorläufig versagt und ihre Weigerung später aufrechterhalten.

Der Beklagten ist darin beizupflichten, daß ein fester Abschluß schon um deswillen nicht als erfolgt erachtet werden kann, weil sie die vorläufige Einigung am Fernsprecher nicht schriftlich bestätigt hat. Es ist nicht richtig, daß der in dem Aufdruck des Angebotformulars enthaltene Vorbehalt mit der Erledigung des dort gemachten Angebots seine Bedeutung verloren hätte. Dieser Aufdruck bezog sich keineswegs nur auf das zurzeit behandelte Geschäft; er besagt vielmehr unzweideutig, daß sich die Beklagte bezüglich aller Aufträge vor der ihrerseits erfolgten schriftlichen Bestätigung nicht gebunden erachte. Es heißt dort ausdrücklich: „Aufträge" gelten nur als angenommen rc.

Wenn ein Kaufmann einem andern ein Angebot macht und ihm bei dieser Gelegenheit die allgemeinen Bedingungen mitteilt, unter denen er arbeite oder arbeiten wolle, so müssen diese Bedingungen als vom andern Teil angenommen gelten, wenn dieser keinen Einspruch gegen dieselben erhebt und Ab-

weichendes nicht vereinbart wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob das gerade vorliegende Angebot zum Abschluß führt, oder erst auf Grund neuer abweichender Forderungen eine Einigung erzielt wird. Die allgemeinen, vom Anbietenden vorbehaltenen Bedingungen behalten noch für den späteren Abschluß ihre Bedeutung, und dies um so mehr, wenn die tatsächliche Einigung schon einen oder einige Tage später erfolgt, wie das hier geschehen ist.

Mit Unrecht macht die Klägerin geltend, daß der Aufdruck unter „Zahlungsbedingungen" stehe und daher nicht beachtet werde. Auch Zahlungsbedingungen allgemeiner Natur sind bedeutungvoll und verdienen daher die Beachtung des Empfängers eines Angebots. Daß etwa der Aufdruck an versteckter Stelle oder sonstwie verleitlich angebracht sei, so daß ein Übersehen leicht möglich erscheine, kann nicht anerkannt werden. Die Klägerin war daher verpflichtet, dem Vorbehalt der Beklagten Rechnung zu tragen, auch wenn diese bei der Fernsprechverhandlung nicht auf ihn zurückgekommen ist. Sache der Klägerin wäre es gewesen, sich die Beseitigung des Vorbehalts zu sichern.

War aber die schriftliche Bestätigung der Beklagten Bedingung des festen Abschlusses, so war die Klägerin nicht in der Lage, dieses Ergebnis durch die eigene Bestätigung herbeizuführen. Ein Widerspruch der Beklagten war daher an sich unnötig.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 7. Juli 1917. Gebr. W. w. Sp. A. & Co. Bf. VI. 59/17. Nö.

---

2. Begründung des Erfüllungsorts durch Schweigen auf die ihn angebende Schlußnote.

Vgl. 64 Nr. 142 m. N., Nr. 184; 66 Nr. 181; auch die vorige Nr. m. N. sowie die folgende Nr. BGB. §§ 151. 157. 269; HGB. § 346; ZPO. § 29.

In dem sich als Schlußnote bezeichnenden Schreiben des Maklers R. an den Beklagten v. 13. März 1916 findet sich der Satz: „Netto Kasse gegen Duplikatfrachtbrief auf Grund jeweilig rechtzeitig zu machender Anweisung bei Verkäufers Bank". Diese Fassung konnte immerhin Zweifel erwecken, ob der Verkäufer nicht damit ausdrücken wollte, daß der Beklagte in Hamburg bei Klägers Bank zu erfüllen habe. Wenn der Beklagte darauf zwei Tage später von dem Kläger selbst ein Schreiben erhielt, das die durch R. vermittelten Abmachungen mit Abweichungen bestätigte und mehrfach unterstrichen, an nicht zu übersehenden Stellen, am Kopf und am unteren Ende des Schreibens, den Vermerk „Erfüllungsort Hamburg" trug, so durfte er sich nach kaufmännischem Gebrauch der Verpflichtung nicht entziehen, alsbald zu widersprechen, wenn er Hamburg als Erfüllungsort nicht gelten lassen wollte. Ein solcher Widerspruch ist aber erst am 20. März 1916 erfolgt und war daher jedenfalls verspätet. Daß der Beklagte in der Zeit vom 16. bis 20. März verreist gewesen ist, entschuldigt diese Unterlassung nicht. Er mußte Sorge tragen, daß sein

kaufmännischer Briefverkehr auch in seiner Abwesenheit erledigt wurde und sei es auch nur in der Form, daß Zustimmung oder Genehmigung von Anträgen bis zur Rückkehr des Inhabers abgelehnt wurden. Für solche Unterlassung mußte der Beklagte einstehen, soweit im kaufmännischen Verkehr Schweigen als Zustimmung gilt.

Es kann auch nicht anerkannt werden, daß der Beklagte ein Schreiben des Klägers, das einem durch den Makler vermittelten und beurkundeten Abschluß nachfolgte, um deswillen unbeantwortet lassen durfte, weil der Vertrag bereits auf der vom Makler beurkundeten Grundlage abgeschlossen worden sein soll. Unter Umständen können auch einseitig vertragändernde oder aufhebende Schreiben einer Partei infolge Stillschweigens der Gegenpartei als genehmigt gelten, wenn dies Treu und Glauben im kaufmännischen Verkehr erfordern. Vorliegend hätte die Fassung der sogenannten Schlußnote, die sich nicht in die sonst übliche, rein geschäftliche Form einer Schlußnote kleidet und die nur zwei Tage später geschriebene Mitteilung des Klägers den Beklagten als Kaufmann veranlassen müssen, klarzustellen, ob er Hamburg als Erfüllungsort gelten lassen wollte oder nicht. Enthielt auch die Schlußnote, streng genommen, eine Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsortes für den Beklagten nicht, so war doch nicht unzweifelhaft, wie sie etwa verstanden werden würde, und wenn daraufhin der Kläger selbst in einem Schreiben sofort klarstellte, daß er unter der Abmachung: „Kasse auf Grund Anweisung bei Verkäufers Bank" Erfüllungsort Hamburg verstanden wissen wollte, so konnte der Beklagte, wenn er sich nicht dem Rechtsnachteil der Genehmigung aussetzen wollte, dieses Schreiben nicht einfach unbeantwortet lassen, weil er damit rechnen mußte, daß bei der Abfassung der Schlußnote durch den Makler ein Irrtum oder ein Mißverständnis unterlaufen sein konnte. Beantwortete daher der Beklagte dieses Schreiben nicht alsbald, wie dies in solchen Angelegenheiten im Handelsverkehr unter Großkaufleuten üblich ist, so galt sein Schweigen als Zustimmung.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 9. Mai 1917. J. W. w. C. P. Bf. V. 27/17. Nö.

---

3. Bedeutung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, wenn ein mündlicher Vertrag vorher nicht zustande gekommen ist.

Vgl. 70. Nr. 143 m. N., auch die beiden vorigen Nr.
BGB. §§ 154. 157. HGB. § 346.

Der Kläger behauptete, den Beklagten am 18. Dezember 1915 einen Waggon Speisesalz verkauft zu haben und verlangte, da Beklagte die Annahme verweigert hatten, Schadenersatz. Die Beklagten bestritten, daß ein Kauf überhaupt zustande gekommen sei. Der 1. Richter hielt den von den Beklagten angetretenen Gegenbeweis nicht für geführt und erkannte auf den den Beklagten

über den Kaufabschluß zugeschobenen Eid. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen.

„Streitig ist vor allem, welche Bedeutung dem Bestätigungsschreiben des Klägers v. 18. Dez. 1915 zukommt. Der 1. Richter versagt ihm jede Bedeutung, weil ein solches voraussetze, daß ein Vertrag in den Grundzügen zustandegekommen sei, während nur die besonderen Bedingungen in dem Bestätigungsschreiben festgelegt würden. Ein solches Bestätigungsschreiben ohne vorherigen Vertragsabschlüß, meint er, sei ein Widerspruch in sich selbst, denn was garnicht zustandegekommen sei, könne nicht bestätigt werden. In dieser Allgemeinheit kann dem jedoch nicht zugestimmt werden. Denn an den Ausdruck „Bestätigungsschreiben" darf man sich nicht klammern; auch wenn nichts vorher vereinbart ist, kann es trotz des Ausdrucks „Bestätigungsschreiben" als ein Vertragsangebot aufgefaßt werden, und ob ein Schweigen darauf als Zustimmung gedeutet werden kann, hängt immer von den Umständen des besonderen Falles ab. Im allgemeinen kann aus dem Schweigen auf ein Vertragsangebot auch im Handelsverkehr nicht ohne weiteres auf Zustimmung geschlossen werden. Unter ganz besonderen Umständen kann aber doch ein derartiger Schluß gerechtfertigt sein. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht (Gruchot 54, 894) den grundsätzlichen Standpunkt, daß die stillschweigende Empfangnahme eines Bestätigungsschreibens höchstens als Genehmigung vorher noch nicht anderweit geregelter Punkte eines bereits abgeschlossenen Vertrages aufgefaßt werden könne, als rechtsirrtümlich verworfen, aber angenommen, daß, wenn ein Bestätigungsschreiben die fortbestehende Bereitwilligkeit bekunde, ein Geschäft des in dem Schreiben erwähnten Inhalts einzugehen, unter besonderen Umständen das Stillschweigen auf dieses Schreiben in Anwendung der §§ 346 HGB., 157 BGB. dieselbe vertragbegründende Bedeutung haben könne wie eine ausdrückliche Zustimmung. Solche besonderen Umstände hatte das Reichsgericht insbesondere darin erblickt, daß beide Parteien davon ausgegangen seien und es auch den äußeren Anschein habe, als sei ein Vertrag bereits durch das Ferngespräch abgeschlossen und daß die damalige Klägerin der Beklagten ihre Auffassung über den Inhalt des Vertragschlusses habe mitteilen wollen. Man wird vielleicht noch weitergehen und möglicherweise bei einer dauernden regen Geschäftsverbindung das gleiche annehmen können.

Hier aber liegen die Verhältnisse ganz anders. Die Beklagten haben von vornherein bestritten, daß überhaupt ein Vertrag zustandegekommen sei. Die Parteien standen auch nicht in Geschäftsverbindung miteinander. Kläger gibt sogar selbst zu, daß er zu verschiedenen Malen den Beklagten Speisesalz vergeblich angeboten und daß Beklagte dies jedesmal abgelehnt hätten, nur am 18. Dez. 1915, behauptet er, sei es ihm gelungen, die Beklagten doch zum Abschluß des Vertrages zu bestimmen. Ist aber vorher eine Ablehnung des Vertragsangebots erfolgt, dann bedeutet Stillschweigen auf ein Bestätigungs-

schreiben nicht Zustimmung, vielmehr ist anzunehmen, daß der Ablehnende so lange auf seinem Standpunkte verharrt, bis er ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen die Zustimmung erklärt. (Übereinstimmend OLG. Colmar Recht 6, 693; BankArch. 6, 12.) Besondere Umstände, welche nach Treu und Glauben eine Antwort auf das Bestätigungsschreiben hätten geboten erscheinen lassen, hat der Kläger nicht angeführt. Er macht nur noch geltend, er habe am 3. Januar 1916 den Beklagten die Absendung des Waggons telegraphisch angezeigt und wiederum keine Antwort erhalten. Indes zunächst brauchten die Beklagten den Inhalt des Telegramms keineswegs ohne weiteres dahin aufzufassen, daß Kläger den Waggon in Erfüllung einer von ihnen gemachten Bestellung abgesandt habe, sodann brauchten aber auch die Beklagten, wenn kein Vertrag zustandegekommen war, auf das die Zusendung anzeigende Telegramm überhaupt nicht zu antworten."

Urteil des OLG. zu Königsberg (1. Sen.) v. 3. Juli 1917. 2 U. 230/16.

Th.

---

4. Umfang der zu ersetzenden Herstellungskosten, wenn der Beschädigte die Herstellung selbst ausführt.

BGB. § 249.

Auf der Bahnstrecke A.—G. wurden im Jahre 1912 Bodensenkungen festgestellt. Der Eisenbahnfiskus ließ den Bahnkörper wieder herstellen und verlangte dann aus § 249 BGB. Kostenersatz. Die Beklagte erkannte ihre Ersatzpflicht an sich an, bemängelte aber neben den ihr in Rechnung gestellten Bekanntmachungskosten und den Zuschlägen zu den Arbeiterrottenlöhnen vor allem die Höhe der Transportkosten. — Die Vorinstanzen hatten dem Klagebegehren in vollem Umfange entsprochen; das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Gründe:

„Für den durch ihren Bergwerksbetrieb verursachten Schaden hat die Beklagte nach § 148 (preuß.) Allg. Berggес. vollständige Entschädigung zu leisten. Über die Art und den Umfang der Entschädigung findet mangels besonderer berggesetzlicher Vorschriften der § 249 BGB. Anwendung, der bestimmt:

> Wer Schadenersatz zu leisten hat, ist den Zustand herzustellen verpflichtet, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist Schadenersatz wegen Beschädigung . . . einer Sache zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

Die zur Herstellung erforderlichen Transporte hat der Kläger durch seine Angestellten und Arbeiter unter Gestellung der nötigen Maschinen, Wagen und Gerätschaften ausführen lassen, und den Ersatz hierfür beansprucht er in der vollen Höhe der tarifmäßigen Frachtsätze. Richtig ist nun, daß der § 249 BGB.,

wenn er von dem Ersatze des zur Herstellung ‚erforderlichen‘ Geldbetrags spricht, damit einen objektiven Maßstab anlegt. Besondere Umstände, die gerade dem Beschädigten die Herstellung auf dem gewöhnlichen Wege erleichtern oder erschweren können, haben auszuscheiden. Dem Gläubiger sind nicht die tatsächlich verauslagten Kosten zu ersetzen, sondern die zur Herstellung erforderlichen Kosten, und dies ist der Geldbetrag, der für die Herstellungsarbeiten im Verkehr regelmäßig gefordert und bewilligt wird. Daß in diesem Sinne der § 249 Satz 2 zu verstehen ist, entspricht der in der Rechtslehre herrschenden Ansicht und auch der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. 71, 215). Indessen reichen auch bei dieser dem Kläger günstigen Gesetzesauslegung die getroffenen Feststellungen nicht aus, um den Klaganspruch als gerechtfertigt erscheinen zu lassen.

Wenn es sich darum handelt, den gesunkenen Bahnkörper wieder zu heben, wird der Fachmann regelmäßig der Eisenbahnunternehmer selbst sein, er wird vor allem auch über das erforderliche Personal und Material verfügen, und er muß, schon um Betriebsstörungen und Betriebsgefahren fernzuhalten, stets in der Lage bleiben, nach Zeit und Ort über die Ausführung der Arbeiten nach eigenem Ermessen zu befinden. Jedenfalls ist für die Rev.-Instanz nicht zu unterstellen, daß Arbeiten, wie die Hebung von Eisenbahnanlagen, regelmäßig an fremde Unternehmer, die sich dann der Eisenbahn als Frachtführers bedienen müssen, verdungen zu werden pflegen, vielmehr ist mangels entgegenstehender Feststellungen davon auszugehen, daß es der sachgemäße und auch der verkehrsübliche Weg sein wird, daß die Eisenbahn selbst die Arbeiten ausführen läßt. Dann aber müssen auch bei Anwendung der objektiven Berechnungsart die Tarifsätze für die Kostenberechnung außer Betracht bleiben. Der Eisenbahnunternehmer, der selbst die Ausbesserung besorgt und damit wegen seines Herstellungsanspruchs sich selbst befriedigt (RGEntsch. a. a. O.), besorgt auch die Transporte für sich, und die tarifmäßigen Frachtsätze, die nach der getroffenen Feststellung im vorliegenden Falle die Selbstkosten um 40% übersteigen, erwachsen ihm als Kosten nicht. Der zu ersetzende Herstellungspreis würde nicht der im Verkehr übliche Preis sein, wenn er auf der Grundlage von Verhältnissen bemessen würde, unter denen tatsächlich im Verkehr die Herstellung sich nicht zu vollziehen pflegt. Ist es Regel, daß der Eisenbahnunternehmer selbst die beschädigten Anlagen herstellt, so haben als übliche Frachtkosten nur die Selbstkosten zu gelten, in der Höhe, wie sie unter den gegebenen Verhältnissen jeder Eigentümer eines solchen Unternehmens hätte aufwenden müssen. Zu dieser Rechtsauffassung stellt sich das Ber.-Gericht durchweg in Gegensatz, und deshalb war die Aufhebung des Urteils geboten. Der geltend gemachte Anspruch ist nicht der Anspruch auf Schadenersatz aus den §§ 250 Satz 2, 251. 253, sondern der Herstellungsanspruch in der Form einer Geldzahlung zum Ersatz der Kosten, die dem Gläubiger dadurch, daß er sich selbst befriedigt hat, erwachsen sind. In Frage steht auch nicht, wie anscheinend das

Ber.-Gericht annimmt, die Gewährung einer angemessenen Vergütung für die Leistung ‚organisierter Arbeit', unter welch' letzterem Gesichtspunkte auch der Kläger selbst seinen Anspruch garnicht zu begründen versucht hat.

Das Ber.-Gericht wird über den Klaganspruch seinem ganzen Umfange nach erneut zu befinden haben. Den Anspruch der Höhe nach festzustellen, unterliegt nach § 287 ZPO. dem freien richterlichen Ermessen; entsprechend der bereits in dem Urteil des erkennenden Senats in der Sache F. w. D. v. 16. Sept. 1914, V. 128/14, zum Ausdruck gelangten Rechtsauffassung wird aber daran festzuhalten sein, daß der Anspruch aus § 249 Satz 2 BGB. nicht auch den Anspruch auf einen sog. Unternehmergewinn umfaßt. Anderseits werden die Herstellungskosten entsprechend höher zu bemessen sein, soweit sich ergeben sollte, daß die Herstellung regelmäßig auch für den Eisenbahnunternehmer im Interesse der vollständigen Aufrechterhaltung des Bahnbetriebes und zur Vermeidung von Einnahmeausfällen mit gesteigerten Schwierigkeiten und Hemmungen verbunden sein wird."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 14. April 1917. Gewerksch. Z. (Bkl.) w. preuß. EBFiskus (OLG. Hamm). V. 26/17. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 36 S. 154.

---

5. Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen*, obschon der Rücktritt zunächst aus anderm Grunde erklärt war.**

*Vgl. 59 Nr. 32; 61 Nr. 129. — **Vgl. 70 Nr. 122.
BGB. 326.

Die verklagte Firma hatte Anfang März 1915 der Heeresverwaltung gegenüber die Lieferung von 20000 Stück Magervieh übernommen, die in den besetzten Gebieten von Belgien und Frankreich auf Weidemast kommen sollten. Sie schloß deshalb mit dem Kläger den schriftlichen Vertrag v. 12. März 1915, wonach sich dieser verpflichtete, ihr in der Zeit vom 25. März bis 20. April 1915 mindestens 2500 Stück junges Magervieh, aus Pommern, Posen, der Priegnitz, der Provinz Sachsen, Hannover oder Oldenburg stammend, zum Preise von 46 ℳ für den Zentner lebend Gewicht zu liefern. Nachdem der Kläger 669 Stück Vieh geliefert hatte, verweigerte die Beklagte die weitere Abnahme. Der Kläger verlangte Schadenersatz. — In den ersten beiden Instanzen wurde der Anspruch dem Grunde nach als gerechtfertigt anerkannt. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„Gegenüber dem klägerischen Schadensersatzanspruch hat die Beklagte geltend gemacht, daß sie durch Schreiben v. 13. April 1915 befugtermaßen vom Vertrage zurückgetreten sei, weil der Kläger sich in mehrfacher Hinsicht positiver Vertragsverletzungen schuldig gemacht habe. Solche findet die Beklagte u. a. darin, daß der Kläger an Stelle von Weidevieh 121 Stück bayrisches Stallvieh geliefert habe. — — — Das Ber.-Gericht hat festgestellt, daß bay-

risches Vieh, weil es für Weidezwecke ungeeignet ist, nach der Abrede der Parteien von der Lieferung ausgeschlossen war. Die trotzdem erfolgte Lieferung erachtet das Ber.-Gericht für eine so grobe Vertragwidrigkeit, daß sie für die Beklagte einen hinreichenden Grund zum Rücktritt vom ganzen Vertrage habe abgeben können. Sei also die Beklagte tatsächlich wegen der Lieferung bayrischen Viehs vom Vertrage zurückgetreten, so wäre dieser Rücktritt berechtigt und der Schadenersatzanspruch des Klägers unbegründet. In Wahrheit habe die Beklagte aber schon vor ihrem Briefe v. 13. April 1915 die weitere Abnahme des vom Kläger angeschafften Viehs aus einem anderen, nicht klar ersichtlichen Grunde verweigert und sich dadurch eines Vertragsbruchs schuldig gemacht. Die im Briefe v. 13. April 1915 angegebenen Gründe, darunter auch der wegen Lieferung des bayrischen Viehs, seien nur künstlich hervorgesucht, um von ihren Vertragspflichten loszukommen und den bereits begangenen Vertragsbruch zu rechtfertigen. Diesen Entscheidungsgrund greift die Revision an und diese Rüge ist sachlich begründet.

Nicht zu beanstanden ist die Ansicht des Ber.-Gerichts, daß der Kläger durch die Lieferung des bayrischen Viehs der Beklagten genügenden Anlaß zum Rücktritt vom Vertrage gegeben habe. — — — Dagegen kann dem Ber.-Gericht nicht beigepflichtet werden, wenn es den Rücktritt deshalb für unbegründet erklärt, weil die Abnahmeweigerung der Beklagten in Wirklichkeit nicht wegen der vertragwidrigen Lieferung bayrischen Viehs, sondern aus einem anderen, nicht aufgeklärten Grunde stattgefunden habe. Ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz ist es, daß jedermann das ihm zustehende subjektive Recht in den gesetzmäßigen Schranken ausüben und sich alle Vorteile verschaffen darf, zu denen ihm das Recht verhelfen kann. Die Beklagte war daher, wenn sie, wie das Ber.-Gericht selbst annimmt, infolge der positiven Vertragsverletzung des Klägers ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage erworben hatte, auch befugt, sich dieses Rechts zu bedienen, um vom Vertrage loszukommen. Ob andre Umstände, wie etwa die Aussicht, das benötigte Vieh sich anderweit zu günstigeren Bedingungen verschaffen zu können, für die Entschließung der Beklagten zunächst bestimmend waren, ist unerheblich. Wohl erscheint es zulässig, zur Beurteilung der Gefährdung des Vertragszwecks die persönliche Auffassung des von der Vertragsverletzung betroffenen Teils zu berücksichtigen und auch das Verhalten, das er nach der Verletzung gezeigt hat, als Beweisumstand für die Gefährdung oder Nichtgefährdung in Betracht zu ziehen. Ist aber unter Würdigung aller Umstände anzunehmen, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet und damit das Rücktrittsrecht für den verletzten Teil begründet sei, so ist auch ein ausgesprochener Rücktritt für gerechtfertigt zu erachten, ohne daß es darauf ankommt, ob zunächst der Entschluß zum Rücktritt gerade durch die Vertragsverletzung und nicht etwa durch andre Gründe herbeigeführt worden ist. Es erscheint deshalb keineswegs unstatthaft, das Rücktrittsrecht nachträglich zur Rechtfertigung der Er-

füllungsverweigerung heranzuziehen, wenn diese ursprünglich auch aus einem andern Grund erfolgt ist, ja selbst wenn das Bestehen des Rücktrittsrechts dem Weigernden damals noch garnicht bekannt war (Entsch. 65, 56 f.). Daß im vorliegenden Falle die Beklagte sich des vom Ber.-Gericht festgestellten Rücktrittsrechts dem Kläger gegenüber zur Auflösung des Vertragsverhältnisses hat bedienen wollen, kann nicht zweifelhaft sein. Denn in dem Briefe v. 13. April 1915, in dem sie sich mit unzweideutigen Worten vom Vertrage lossagt, führt sie als einen der Gründe für die Vertragsauflösung die Lieferung bayrischen Viehs an.

Zweifelhaft kann es indes sein, ob die Beklagte ihr Rücktrittsrecht nicht bereits vor dem 13. April 1915 verwirkt hatte. Wie vom Reichsgericht bereits mehrfach ausgesprochen worden ist, tritt der Verlust des Rücktrittsrechts ein, wenn der Berechtigte trotz Kenntnis der den Rücktritt begründenden Tatsachen den Vertrag fortsetzt, insbesondere vom Gegner weitere Vertragserfüllung fordert. Denn wenngleich die Ausübung des Rücktrittsrechts an keine bestimmte Frist geknüpft ist, so würde es doch mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar sein, wenn der Berechtigte noch zurücktreten könnte, nachdem er Handlungen vorgenommen hat, die vom andern Teil als Ausdruck des Willens, am Vertrage festzuhalten, aufgefaßt werden mußten. In derartigen Handlungen kann ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht gefunden werden. Zu prüfen bleibt deshalb, ob die Annahme eines Verzichts durch das Verhalten der Beklagten nach der Abnahme des bayrischen Viehs gerechtfertigt wird. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 2. Juni 1917. Gebr. Sch. (Bkl.) w. K. (OLG. Naumburg.) I. 55/17.

---

6. Sächsische Landeskulturrenten sind keine Rentenschulden i. S. des Bürgerl. Gesetzbuchs.

BGB. §§ 439. 1105. 1199.

Die Beklagten verkauften als Erben des Privatmanns Bl. am 19. Juni 1912 das Grundstück Bl. 18 des Grundb. für K. für 16690 ℳ an den Kläger, der als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurde. Auf dem Grundstück war in Abt. III eine Landeskulturrente von 103,04 ℳ eingetragen, die im Kaufvertrage und im Auflassungsprotokoll nicht erwähnt worden war. Der Kläger wollte sie nicht mit übernommen haben. Er forderte deshalb von den Beklagten als Gesamtschuldnern, daß sie die Rente auf ihre Kosten löschen lassen und ihm die an die Landeskulturrentenbank bereits bezahlten Rentenbeträge mit 103,04 ℳ nebst Zinsen erstatten sollten. Die Beklagten wandten ein, daß die Rente vom Kläger nach Gesetz und Vertrag mit übernommen worden sei, indem er und seine Vertreterin in den Kaufverhandlungen und bei Vertragsabschluß von der Rente Kenntnis gehabt hätten, und daß die Rente nur

aus Versehen nicht im Kaufvertrage erwähnt, deren Übernahme durch den Käufer aber besprochen worden sei. — Das Oberlandesgericht wies, entgegen dem Landgericht, die Klage ab und führte über die Eigenschaft der Landeskulturrente aus:

„Das Kaufgrundstück war zur Zeit des Kaufabschlusses mit einer Landeskulturrente belastet. Im Kaufvertrage und im Auflassungsprotokoll ist ihre Übernahme vom Käufer weder ausdrücklich erklärt noch ausgeschlossen worden. Auch mündlich ist die Rente in der Kauf- und Auflassungsverhandlung nicht erwähnt worden. — — — Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt deshalb von der Beantwortung der Frage ab, ob die Käufer kraft Gesetzes die Rentenbelastung als einen Mangel im Recht dem Käufer gegenüber zu vertreten haben oder nicht (§§ 434 BGB.).

Aus der Bestimmung des § 436 läßt sich diese Frage nicht beantworten, weil eine Landeskulturrente weder unter öffentliche Abgaben noch unter andre öffentliche Lasten fällt; denn ihre Bestellung beruht auf einem privatrechtlichen Vertrage des Grundstückseigentümers mit der Rentenbank, die ihm die Mittel zur Bestreitung gewisser Grundstücksaufwendungen darlehnsweise gewährt hat. Die für die Vertretungspflicht des Verkäufers für Mängel im Recht maßgebenden Grundsätze enthält § 439 BGB. Hier wird in Abs. 1 die Regel aufgestellt, daß der Verkäufer einen Mangel im Recht nicht zu vertreten hat, wenn der Käufer den Mangel beim Abschluß des Kaufes kennt, dagegen in Abs. 2 die Ausnahme getroffen, daß der Verkäufer eine Hypothek, eine Grundschuld, eine Rentenschuld oder ein Pfandrecht zu beseitigen hat, auch wenn der Käufer die Belastung kennt. An der Vertretungspflicht der Beklagten wäre hiernach nicht zu zweifeln, wenn sich die streitige Landeskulturrente unter den Begriff ‚Rentenschuld' bringen ließe. Das ist aber mit dem Sprachgebrauch des Gesetzbuchs nicht vereinbar. Unter einer Rentenschuld versteht das Gesetzbuch ausschließlich die in § 1199 rechtlich gekennzeichnete Sonderart einer Grundschuld, während die Landeskulturrente, um die im vorliegenden Fall gestritten wird, eine Rentenlast i. S. von § 1105 ist. Sie ist auch in dem Grundbucheintrage (Abt. III Nr. 20) ausdrücklich als ein solches Rechtsgebilde bezeichnet worden. Die Reallast als solche der Hyp.-Forderung gleich zu behandeln muß bedenklich fallen, da das Gesetz eine entsprechende Anwendung hypothekenrechtlicher Vorschriften — der für Zinsen geltenden — nur für die einzelnen verfallenen Reallast-Leistungen zuläßt. Überdies verbindet sich eine Einreihung der Reallast unter die in Abs. 2 des § 439 besonders behandelten Grundstücksbelastungen auf dem Wege einer entsprechenden Gesetzesanwendung, wenn man die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung verfolgt. Aus den Motiven zu § 439 Abs. 2 BGB. (2, 215 zu § 373 Entw. und Denkschr. 59) ergibt sich, daß der Gesetzgeber mit der Aufnahme dieser, die allgemeine Regel des preuß. Allg. Landrechts (I, 11 §§ 184 bis 187) bildenden, Vorschrift der heutzutage herrschenden Verkehrssitte hat Rechnung tragen

wollen, wonach die Rechte des Erwerbers eines Grundstücks durch die Kenntnis vom Bestehen von Hypotheken oder Grundschulden nicht berührt wird (vgl. Gruchot 41, 300; Entsch. 57,2; Warneyer 1913 Nr. 86).

Zur Entstehungszeit des BGB. hatte längst die allgemeine Verkehrssitte Platz gegriffen, daß sich die Kaufparteien darüber regelmäßig ausdrücklich einigen, daß die auf den Grundstücken lastenden Hypotheken und Grundschulden vom Erwerber in Anrechnung auf den Kaufpreis mit übernommen werden, falls nicht deren Löschung vereinbart worden ist. Reallasten dagegen, die erfahrunggemäß meist nur in kleinen Geldgefällen oder Naturalleistungen bestehen, pflegen niemals in Anrechnung auf den Kaufpreis, sondern darüber hinaus übernommen zu werden. Bezüglich ihrer greift deshalb die Vorschrift des Abs. 1 von § 439 Platz, d. h. die Kenntnis des Käufers schließt die aus § 434 BGB. begründete Vertretungspflicht des Verkäufers aus. Dabei ist es ohne Belang, auf welche Weise dem Käufer eine solche Kenntnis vermittelt worden ist; insbesondere verlangt das Gesetz nicht, daß die Vermittelung durch eine zum Bestandteil des Kaufvertrags gemachte Erklärung oder überhaupt durch eine Kundgabe des Verkäufers erfolgt (Entsch. 52, 276).

Die Beklagten haben also nachzuweisen, daß der Kläger beim Vertragsabschlusse v. 19. Juni 1912 vom Bestehen der Rente Kenntnis gehabt habe. — — —" (Das Oberlandesgericht hält diesen Beweis für erbracht und weist deshalb die Klage ab.)

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 14. Dez. 1916. Br. w. Bl. 1 O. 7/14. F—ch.

---

7. Klage des Käufers auf Schadenersatz oder Preisminderung, obgleich die Sache mit Gewinn weiterverkauft war.

Vgl. 22 Nr. 29; 33 Nr. 116; 42 Nr. 134.
BGB. §§ 472. 252.

Am 1. Sept. 1913 kaufte der Kläger von der Beklagten einen gebrauchten Luftkompressor für 13000 M. Seiner Angabe nach hätte die Beklagte zugesichert, daß der Kompressor einen Betrieb mit 10 Atm. Dampfdruck und mit überhitztem Dampf zulasse. Unstreitig war das nicht der Fall. Auf der andern Seite war ebenso unstreitig, daß der Kläger die Maschine sofort mit Gewinn weiterverkauft und daß sein Abkäufer Ansprüche aus dem Weiterverkauf gegen ihn nicht geltend gemacht hatte. Mit der Behauptung, der Mangel der Zusicherung bedinge einen Mehrverbrauch an Kohlen von jährlich 4500 M, nahm der Kläger die Beklagte auf Zahlung dieser von ihm als Minderwert der Maschine bezeichneten Summe in Anspruch. Von der Beklagten wurde jede Zusicherung bestritten. — Beide Vorinstanzen erkannten auf Abweisung. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Gründe:



„Das Ber.-Gericht ist in eine Beweisaufnahme darüber, ob die behaupteten Eigenschaften des Kompressors zugesichert wurden, nicht eingetreten. Es hat die Klage als unschlüssig abgewiesen, weil der Kläger bei dem Weiterverkauf verdient, also Schaden nicht erlitten habe, der höhere Kohlenverbrauch aber keinen Minderwert der Maschine darstelle. Mit Recht rügt die Revision, daß hierbei die Fragepflicht verletzt worden ist (§ 139 ZPO.).

Schaden ist auch entgangener Gewinn (§ 252 BGB.). Hat der Kläger beim Weiterverkauf verdient, so schließt das nicht aus, daß er bei Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften noch mehr verdient haben würde. Es kommt darauf an, ob er die Eigenschaften auch seinerseits dem Abkäufer zugesichert hat. Tat er das, so ist der Mangel der Maschine freilich einflußlos für ihn geblieben, denn der Abkäufer hat Ansprüche aus diesem Grunde nicht erhoben. Hat aber der Kläger beim Weiterverkauf von einer Zusicherung der Eigenschaften, weil sie nicht vorhanden waren, Abstand nehmen müssen, so ist sehr wohl möglich, daß er eine mit den Eigenschaften ausgestattete Maschine zu einem noch höheren Preise hätte verkaufen können. Pflicht des Ber.-Gerichts ist es, auf eine Aufklärung dieses Punktes hinzuwirken. Trifft die letzterwähnte Möglichkeit zu, so muß die Frage, ob ein höherer Gewinn entgangen ist, unter Anwendung des durch § 287 ZPO. eingeräumten freien Ermessens entschieden werden.

Die Klage kann aber auch als Minderungsklage (§ 472 BGB.) aufgefaßt werden und hängt dann nicht davon ab, ob dem Kläger aus dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaften ein Schaden erwuchs. Allerdings würde der höhere Kohlenverbrauch der Maschine nicht ohne weiteres mit ihrem Minderwert zusammenfallen. In der vorgetragenen Ber.-Begründung wird aber gesagt, um den Minderwert würde der Geschäftsnutzen des Klägers größer gewesen sein, denn eben um diesen Betrag müsse sich der Einkaufspreis niedriger stellen. Entkleidet man diesen Satz der nicht zur Sache gehörigen Beziehung auf den Geschäftsnutzen, so kann man darin die Behauptung finden, der Kaufpreis von 13000 M sei um 4500 M zu vermindern, weil der wirkliche Wert der Maschine entsprechend geringer sei als der Wert, den sie in mangelfreiem Zustande haben würde. Ob dies tatsächlich behauptet werden soll, ist wiederum durch Ausübung des Fragerechts aufzuklären.

Die Sache mußte hiernach in die Vorinstanz zurückverwiesen werden."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 1. Mai 1917. B. (Kl. w. W. (OLG. Hamm). II. 622/16.

---

8. Schenkung eines Sparkassenguthabens.

Vgl. 66 Nr. 47 m. N.

BGB. §§ 518 Abs. 2; 808. 952. 398.

Diedrich Gr. zahlte am 1. Juli 1911 bei der Hamburger Neuen Sparkasse 2000 M ein und ließ sich darüber ein auf den Namen des minderjährigen

Klägers Wilhelm B. lautendes Sparkassenbuch ausstellen. Mit diesem erschien er bald darauf bei den Eltern des Klägers, die mehrere Jahre bei ihm in St. gewohnt hatten. Bei diesem Besuch schenkte Diedrich Gr. nach der Behauptung der Klage dem Vater des Klägers für diesen mündlich das Sparkassenguthaben, händigte ihm das Buch sofort aus, damit er sich die Nummer notiere, behielt sich selbst lediglich den Zinsgenuß bis zu seinem Tode vor und ließ sich das Buch daher gleich wieder zurückgeben, um es im Sicherheitsfach der Neuen Sparkasse bis zu seinem Ableben zu verwahren. Im Jahre 1912 ließ sich Diedrich Gr. behufs Abhebung der Zinsen vom Vater des Klägers nach der Behauptung der Klage eine Bescheinigung ausstellen. Jedenfalls hat Diedrich Gr. am 24. Juni 1912 das ganze Guthaben nebst den Zinsen abgehoben und noch an demselben Tage ein neues Guthaben von 1000 M auf den Namen des Klägers auf ein neues Sparkassenbuch belegt, das dem Kläger im Lauf des gegenwärtigen Rechtsstreits am 9. Aug. 1915 laut einem von den Parteien geschlossenen Zwischenvergleich in Höhe von 920 M ausgekehrt worden ist. Am 29. Juni 1912 errichtete Diedrich Gr. ein Testament, in welchem er den Beklagten, seinen Bruder, zum alleinigen Erben einsetzte. Im Jahre 1913 ist er gestorben. Kläger forderte jetzt vom Beklagten als Erben seines Bruders 2000 M mit der Behauptung, daß ihm jenes über diesen Betrag lautende Sparkassenguthaben rechtsgültig geschenkt worden sei. Der Beklagte behauptete, es handle sich um ein wegen Formmangels ungültiges Schenkungsversprechen. — In 1. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Das Ber.-Gericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 1080 M, während die Klage in Höhe von 920 M für erledigt erklärt wurde. — Aus den Gründen:

„Die Parteien streiten darüber, ob der Erblasser des Beklagten dem Kläger rechtsgültig ein Sparkassenguthaben über 2000 M geschenkt habe.

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich um eine Schenkung unter Lebenden oder auf den Todesfall handelt. Im ersten Fall ist das Schenkungsversprechen an die Schriftform gebunden, doch wird der Mangel derselben durch Vollziehung des Versprechens geheilt (§ 518 BGB.). Im andern Fall finden beim Schenkungsversprechen die Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen Anwendung, doch gelten im Fall der Vollziehung des Versprechens die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden (§ 2301 BGB.). Da unstreitig im vorliegenden Fall nicht einmal die Schriftform, geschweige denn die Testamentsform gewahrt ist, so hängt die Entscheidung des Rechtsstreits in jedem Fall davon ab, ob es sich nur um ein Schenkungsversprechen oder um eine vollzogene Schenkung handelt.

Vollzogen wird die Schenkung eines Sparkassenguthabens, also einer Forderung des Schenkenden gegen die Sparkasse, durch Abtretung der Forderung an den Beschenkten gemäß §§ 413. 398 BGB. Der Abtretungsvertrag ist formlos gültig und bedarf zu seiner dinglichen Wirksamkeit nicht der Anzeige an den Schuldner der Forderung. Ebensowenig bedarf es einer Übergabe

des Sparkassenbuchs. Regelmäßig sind die Sparkassen nach ihren Satzungen zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, das materielle Gläubigerrecht zu prüfen, und dürfen sonach ohne weiteres mit befreiender Wirkung an den Inhaber des Sparkassenbuchs Zahlung leisten. Im vorliegenden Fall ergibt sich das aus Art. 19 der Satzung der Neuen Sparkasse. Das Sparkassenbuch stellt sich mithin nicht als Schuldverschreibung auf den Inhaber i. S. der §§ 793. 797 BGB., sondern als sog. hinkendes Inhaberpapier dar (§ 808 BGB.). Die Übergabe des Sparkassenbuchs an den Abtretungsempfänger ist sonach lediglich ein Anzeichen, wenn auch ein sehr erhebliches, für das Zustandekommen des Abtretungsvertrages. Die Nichtübergabe ist keinesfalls ein Beweis dafür, daß solcher Vertrag nicht abgeschlossen sei. Das Eigentum an der Urkunde selbst geht nach § 952 BGB. ohne weiteres mit der Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger über. Auch insoweit bedarf es also nicht einer Übergabe des Sparkassenbuchs.

Die Entscheidung der Frage, ob es sich vorliegendenfalls um ein wegen Formmangels ungültiges Schenkungsversprechen, oder um eine vollzogene, somit gültige Schenkung handelt, hängt daher davon ab, ob zwischen Diedr. Gr. und dem Kläger ein Abtretungsvertrag über das fragliche Sparkassenguthaben zustandegekommen ist.

Diese Frage war nach dem Ergebnis der vom Landgericht veranstalteten Beweisaufnahme zu bejahen. Der Senat trägt kein Bedenken, nach den Aussagen der Eltern des Klägers für festgestellt zu erachten, daß Diedrich Gr. bei seiner Anwesenheit bei ihnen in St. dem Vater des Klägers erklärt hat, er schenke diesem das in Rede stehende Guthaben, und daß er ihm dabei das Sparkassenbuch betreffs Notierung seiner Nummer übergeben hat. Diese Darstellung ist auch vom Beklagten nicht eigentlich bestritten worden, er hat vielmehr nur den daraus vom Kläger gezogenen Schlüssen widersprochen, indem er eingewendet hat, Diedrich Gr. habe dem Kläger das Guthaben nur auf den Todesfall versprochen und sich bis dahin die Verfügung darüber vorbehalten. Legt man den sonach für erwiesen zu erachtenden Sachverhalt zugrunde, so kann darnach um so weniger ein Zweifel an dem Zustandekommen eines Abtretungsvertrages obwalten, als Diedrich Gr. dem Vater des Klägers in Verbindung mit der Abtretungserklärung das Sparkassenbuch selbst übergeben hat. Daß dieser ihm das Buch alsbald nach Notierung der Nummer zurückgereicht hat, kann daran nichts ändern und ist ohne rechtliche Bedeutung.

Handelt es sich nach allem um eine vollzogene Schenkung, so ist der Beklagte als Erbe des Schenkers verpflichtet, dem Kläger den Betrag des von Diedrich Gr. abgehobenen Guthabens auszukehren, abzüglich der auf Grund des Zwischenvergleichs bereits bezahlten 920 *M*, bezüglich deren nach den insoweit übereinstimmenden Erklärungen der Parteien auszusprechen war, daß die Klage in dieser Höhe ihre Erledigung gefunden habe.

Das angefochtene Urteil unterlag daher der Aufhebung. Dem Ber.-Antrage war zu entsprechen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 2. Okt. 1917. B. (Kl.) w. Gr. Bf. III. 79/17. B.

---

9. Die Forderung eines höheren Mietzinses enthält eine der Verlängerung des bisherigen Mietverhältnisses entgegenstehende Willenserklärung.

BGB. § 568.

Dem Beklagten ist unstreitig vom Kläger das Mietverhältnis auf den 1. April 1916 rechtzeitig gekündigt worden. Mit diesem Zeitpunkt endete daher das Mietverhältnis. Beklagter hat nun den Gebrauch der Mieträume über den 1. April 1916 hinaus fortgesetzt. In solchem Fall gilt das Mietverhältnis nach § 568 BGB. auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Vermieter oder der Mieter seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem andern Teil gegenüber erklärt. Einen solchen entgegenstehenden Willen hat der Kläger dem Beklagten durch die Schreiben v. 7. und 14. April 1916 erklärt. Denn während B[illegible] bis zum 1. April 1916 nur 3000 ℳ Miete bezahlte, forderte Kläger [illegible] ab 1. April 1916 3500 ℳ jährliche Miete. Die Forderung eines höheren Mietzinses an Stelle des bisherigen ist aber als eine der Verlängerung des bisherigen Mietverhältnisses entgegenstehende Willenserklärung des Vermieters anzusehen. Hinzu kommt, daß Beklagter dem Kläger [illegible] 1. April 1916, als die Parteien über die Verlängerung des Mietverhältnisses unterhandelten, erklärt hat, er werde unter keinen Umständen mehr als 2000 ℳ jährliche Miete bezahlen. Diese allerdings vor dem 1. April 1916 abgegebene entschiedene Erklärung des Beklagten behielt ihre Geltung auch nach dem 1. April 1916 bei, sodaß auch diese Erklärung des Beklagten der Verlängerung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Dauer entgegenstand. Der Mietzins ist ein wesentlicher Bestandteil eines Mietvertrages, sodaß bei fehlender Einigung der Parteien über den Mietzins eine Anwendung des § 568 BGB. nicht in Frage kommen kann. Es blieb daher am 1. April 1916 bei der durch die [illegible] Kündigung herbeigeführten Beendigung des Mietverhältnisses.

[illegible] daß er am 1. April 1916 nicht räumte, von diesem Zeitpunkt [illegible] in den Mieträumen. Er ist daher auf Grund des § 557 BGB. [illegible] dem Kläger für die Dauer der Vorenthaltung der Mieträume als [illegible] den vereinbarten, d. h. den bis zur Beendigung des Mietverhältnisses [illegible] Mietzins zu vergüten. Der Mietzins betrug aber bis zum 31. März 1916 3000 ℳ jährlich.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 14. Juli 1917. H. E. w. Th. M. Bf. VI. 2[illegible]/16. Nö.

10. Der Anspruch auf einen Gesellschaftsbeitrag ist weder übertragbar noch pfändbar.

Vgl. 54 Nr. 221 m. N.; 60 Nr. 230; 70 Nr. 124 m. N.
BGB. §§ 717. 399; ZPO. §§ 851. 859.

Kläger hat den Anspruch gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen, der seinem Bruder Erich H. gegen den Beklagten auf Erstattung von Prozeßkosten in Gemäßheit des Vertrages v. 16. Dez. 1910 zustehe. Nach diesem Vertrage gewährte der Beklagte dem klägerischen Bruder Erich ein Darlehn von 20000 ℳ, damit dieser seine Verpflichtungen gegenüber dem Kläger mit Bezug auf die Beteiligung an zwei geschäftlichen Unternehmungen des Klägers erfüllen solle. Erich H. beteiligte dafür den Beklagten wieder seinerseits zur Hälfte an dem von ihm aus diesen Unternehmungen gezogenen Gewinn. Da aber der Kläger die Beteiligung seines Bruders an seinen Unternehmungen bestritt, verpflichtete sich Erich H. in § 6 des Vertrages dem Beklagten gegenüber, seine Rechte gegen den Kläger sofort geltend zu machen und zwar ev. im Wege der Klage; an den Kosten dieses ev. Prozesses sollte der Beklagte zur Hälfte teilnehmen. Erich H. hat den Prozeß verloren und damit eine erhebliche Kostenlast auf sich geladen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich nicht der ganze Vertrag v. 16. Dez. 1910 als ein Gesellschaftsvertrag zwischen Erich H. und dem Beklagten darstellt. Jedenfalls enthält der genannte § 6 den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages hinsichtlich der in Aussicht genommenen Prozeßführung. Erich H. und der Beklagte haben sich verpflichtet, die Durchführung des gemeinsamen Zweckes, nämlich der Feststellung der Beteiligung von Erich H. an den geschäftlichen Unternehmungen des Klägers, durch Anstrengung eines Prozesses zu fördern und dazu gemeinschaftlich die erforderlichen Kosten beizutragen. Die Hälfte der Prozeßkosten, die hiernach der Beklagte zu tragen hat, stellt den Beitrag des Beklagten zu der Gesellschaft dar. Ein solcher Anspruch des einen Gesellschafters gegen den anderen ist aber nach § 717 BGB. nicht übertragbar und daher nach §§ 851. 859 ZPO. auch nicht der Pfändung unterworfen, was sich aus der Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens ergibt, über das der einzelne Gesellschafter, also auch sein pfändender Gläubiger nicht wirksam verfügen kann. Es handelt sich hier auch nicht etwa um eine Pfändung dessen, was Erich H. bei der Auseinandersetzung zukommt. Denn die Auseinandersetzung erfordert nach § 733 BGB., daß zunächst die Schulden der Gesellschaft berichtigt werden, was hier unstreitig noch nicht geschehen ist. Auch wenn Erich H. einen Teil der ihm zur Last fallenden Prozeßkosten, nämlich den Teil, den er seinem Bruder, dem Kläger, schuldet, getilgt haben sollte, würde damit die Auseinandersetzung der Gesellschaft noch keineswegs erledigt und das Auseinandersetzungsguthaben des Erich H. noch nicht festgestellt sein. In Wirklichkeit stellt sich der von dem Kläger gepfändete Anspruch des Erich H. als der auf die Leistung

des Beitrages des Beklagten zum Gesellschaftsvermögen gerichtete dar, und dieser ist nicht übertragbar.

Zu dem gleichen Ergebnis führt aber auch noch eine andre Erwägung. Der Beklagte hatte ein erhebliches Interesse an der Feststellung der Berechtigung von Erich H. zur Beteiligung an den geschäftlichen Unternehmungen des Klägers. Deshalb hat er sich Erich H. gegenüber bereit erklärt, zu den Kosten des erforderlichen Prozesses zur Hälfte beizutragen. Wie stark dieses Interesse des Beklagten an der Prozeßführung selbst gewesen ist, folgt ohne weiteres aus der Zeugenaussage des Rechtsanwalts S., wonach Erich H. und der Beklagte gemeinschaftlich ihn beauftragt haben, die Klage zu erheben, und S. sich für berechtigt hält, auf Grund dieses Auftrages den Beklagten für seine Ansprüche aus der Prozeßführung zu belangen. Der Anspruch des Erich H. auf Beteiligung des Beklagten an den Prozeßkosten würde danach aber bei seiner Abtretung an einen beliebigen Dritten, insbesondere an einen Gläubiger von Erich H., einen ganz andern Inhalt erhalten, sodaß nach § 399 BGB. der Anspruch gegen den Beklagten von Erich H. nicht übertragen werden konnte und daher auch nach § 851 ZPO. unpfändbar ist.

Somit hat der Kläger durch seine Pfändung einen Anspruch gegen den Beklagten überhaupt nicht erlangt und war seine Klage abzuweisen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 1. April 1916. H. w. R. Bf. VI. 483/14. Nö.

---

11. Verzug des Versicherten mit der Prämienzahlung; wie muß die Fristsetzung nach § 39 VersVG. beschaffen sein?

Vgl. 70 Nr. 217.
VersVG. § 39.

Der Bäckermeister J. Sch. in K. war bei der Beklagten für die Zeit vom 1. Aug. 1902 ab unter den auf der Rückseite des Versicherungsscheins abgedruckten allgemeinen Bedingungen und den aus dem Scheine ersichtlichen besonderen Bedingungen auf den Todesfall versichert. Die Prämie war mit halbjährlich 144,75 *M* am 1. Februar und 1. August jedes Jahres zu entrichten. Sch. hatte die am 1. Aug. 1914 fällig gewesene Prämie nicht bezahlt. Am 10. Dez. 1914 ist er verstorben. Die Kläger als die bezugsberechtigten Kinder Sch.s forderten von der Beklagten Zahlung der Versicherungssumme abzüglich der rückständigen Prämie nebst Verzugszinsen. Die Beklagte wollte die Klage abgewiesen haben, weil sie den Versicherungsvertrag wegen Nichtzahlung der Prämie nach einer angeblich der Vorschrift in § 39 VersVG. entsprechenden Fristsetzung vor dem Tode Sch.s mit der Wirkung endgültiger Löschung der Police aufgekündigt habe. — Die Beklagte wurde verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Ob Sch. das eine Fristsetzung gemäß § 39 VersVG. beabsichtigende Schreiben der Beklagten v. 11. Aug. 1914 und den Kündigungsbrief v. 17. Nov. 1914 empfangen hat, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn ihm diese Schreiben zugegangen sind, ist doch die Kündigung ungerechtfertigt, weil die Fristsetzung v. 11. Aug. 1914 in den beiden vom Landgericht hervorgehobenen Richtungen der zwingenden Vorschrift in § 39 verb. m. § 42 VersG. nicht entsprochen hat und darum unwirksam geblieben ist (§ 39 Abs. 2 Satz 2).

Dem Landgericht ist darin beizutreten, daß es zunächst an der erforderten Voraussetzung einer ‚nicht rechtzeitigen Prämienzahlung' gebricht. Die Zahlung der Prämie geschieht nach Art. 8 AllgVersBedingungen dann noch rechtzeitig, wenn sie innerhalb der dort dem Versicherten nachgelassenen dreißigtägigen Frist erfolgt. In Art. 8 wird dem Versicherten ein vertragmäßiges Recht eingeräumt, die Zahlungen innerhalb einer am Verfalltage beginnenden dreißigtägigen Frist zu bewirken. Erst wenn diese Frist versäumt ist, ist mithin die Prämie nicht rechtzeitig d. h. nicht innerhalb der vertragmäßig festgesetzten Zahlungszeit gezahlt, und nun erst kann die Fristsetzung nach § 39 VersVG. wirksam erfolgen. Der Ansicht der Beklagten, daß diese Auslegung mit Rücksicht auf das bereits durch die Frist des Art. 8 gezeigte Entgegenkommen für die Beklagte unbillig sei, kann nicht beigepflichtet werden. Vielmehr würde der Standpunkt der Beklagten zu einer unbilligen Härte für die Versicherten führen, da sie durch eine innerhalb der vertragmäßigen Frist des Art. 8 zuzulassende Fristsetzung im Sinne von § 39 sofort mit Ablauf der Frist des Art. 8 dem Verlust des Versicherungsanspruchs ausgesetzt werden könnten, eine Folge, die sich mit dem auf den Schutz der Versicherten abzielenden Zweck des § 39 nicht vereinbaren läßt. Läßt sich hiernach die Frage der Rechtzeitigkeit einer Prämienzahlung allein aus dem Vertragsverhältnisse heraus beantworten, so kann anderseits wegen des zwingenden Charakters der angezogenen Gesetzesvorschrift der Versicherte nicht darauf verwiesen werden, daß bereits der Vertrag für die Prämienzahlungen entgegenkommende Bestimmungen enthalte.

Weiter entspricht der im Schreiben v. 11. Aug. 1914 enthaltene Hinweis: ‚die Prämie von 144,75 ℳ müsse bis zum 1. Sept. 1914 gezahlt sein, widrigenfalls nach § 39 VersVG. die Verpflichtung zur Auszahlung der Versicherungssumme in Übereinstimmung mit Art. 9 AllgVersBedingungen erlösche' ꝛc. insofern nicht der angezogenen Vorschrift, als darin das Erlöschen der Zahlungspflicht der Beklagten lediglich als Folge des Verzugs mit der Prämienzahlung zur Zeit des Ablaufs der gesetzten Frist bezeichnet ist. § 39 knüpft nämlich diese Folge nicht schon an den Verzug nach Ablauf der gesetzten Frist, sondern verlangt weiter, daß der Versicherungsfall erst nach dem Ablauf der gesetzten Frist eintritt und der Verzug zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalls besteht. Die angezogene Vorschrift bezweckt, dem Versicherten bei der Fristbestimmung die schwerwiegende Bedeutung der Fristsetzung und die



mit der Versäumung der Frist für ihn verknüpften nachteiligen Folgen zum Bewußtsein zu bringen und ihn dadurch möglichst vor weiterer Säumnis und dem damit möglicherweise verbundenen Verlust des Versicherungsanspruchs zu bewahren. Diese Zweckbestimmung erfordert naturgemäß einen der gesetzlichen Vorschrift entsprechenden Hinweis. Durch die von der Beklagten gewählte Fassung wird aber diesen Gesetzeszwecken nicht entsprochen, sondern der Versicherte in den irrigen Glauben versetzt, daß sofort mit dem Ablauf der gesetzten Frist die Beklagte von ihrer Zahlungspflicht frei werde, sowie daß daher eine nach diesem Zeitpunkt erfolgende Prämienzahlung verspätet und wirkunglos sei, während er doch durch eine nach Ablauf der Frist bewirkte Prämienzahlung dem Verlust des Versicherungsanspruchs noch vorbeugen könnte. Daß die ausgesprochene Drohung infolge des Weglassens der Einschränkungen in Wirklichkeit noch schärfer ist als die in § 39 vorgeschriebene, kann der Beklagten nicht zugute kommen, da das Gesetz gerade den Zweck verfolgt, für den Versicherten völlige Klarheit über die Folgen seiner Nichtzahlung in jeder Richtung zu schaffen.

Vgl. hierzu die Entscheidung des RG. v. 27. April 1915 in Warneyers Ergänz. Bd. 8 (1915) Nr. 178 und SeuffA. 70 Nr. 217.

Bestand nach alledem der Versicherungsvertrag zur Zeit des Todes Sch.s noch zu Recht, so ist die Beklagte mit Recht zur Zahlung des Restes der Versicherungssumme samt Verzugszinsen verurteilt worden."

Urteil des OLG. zu Dresden v. 27. März 1917. Sch.s Erben w. N.sche Lebensversich.-Ges. 7 O. 3/17. — e —

---

12. Der verantwortliche Schriftleiter einer Zeitung haftet nicht schon als solcher auf Schadenersatz für gewerbliche Schädigungen durch die Zeitung.

BGB. §§ 823. 824.

Der Kläger, Inhaber eines Militäreffektengeschäfts mit Schneiderei, wollte durch zwei Artikel der Rheinischen Zeitung, worin sein Geschäft in sozialdemokratischem Sinn abfällig behandelt worden war, in seinem Gewerbe geschädigt worden sein. Nachdem der verantwortliche Schriftleiter der Zeitung auf Privatklage des Klägers in eine Geldstrafe von 50 M wegen Beleidigung verurteilt worden war, belangte ihn der Kläger auch au Schadenersatz. — Im übrigen aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Das Ber.-Gericht verkennt nicht, daß die Bestimmungen des Reichspreßgesetzes über die Haftung des verantwortlichen Redakteurs nicht als Grundlage der Klage gelten können. In der Tat ist diese preßgesetzliche Regelung ausschließlich strafrechtlicher, nicht zivilrechtlicher Natur, und der verantwortliche Redakteur kann nicht schon als solcher zivilrechtlich in Anspruch genommen werden; für die Tatbestände der unerlaubten Handlungen

des Bürgerl. Gesetzbuchs, im gegebenen Falle des § 823 Abs. 2, in Verbindung mit §§ 185 bis 187 StGB., sowie der §§ 824 bis 826 BGB., ist die Feststellung der Täterschaft, des subjektiven Tatbestandes der unerlaubten Handlung auch gegenüber dem verantwortlichen Redakteur unerläßlich. Er haftet nicht, wenn er von dem Artikel, in welchem die unerlaubte Handlung erfüllt sein soll, und dessen Inhalt überhaupt keine Kenntnis hatte (RGEntsch. 50, 108). Von diesem Standpunkt aus erscheint der Satz des Urteils des Ber.-Gerichts: der Beklagte habe durch die Zeichnung als verantwortlicher Redakteur in der Nummer der Rheinischen Zeitung v. 5. März 1909 die Haftung für die Veröffentlichung des Artikels ausdrücklich übernommen, als rechtsirrig und offenbar von der strafrechtlichen Regelung im Preßgesetz, insbesondere dessen § 20 Abs. 2, beeinflußt. Die Zeichnung als verantwortlicher Redakteur ist für die zivilrechtliche Haftung durchaus gleichgültig.

Richtig ist nur, daß neben dem Verleger der verantwortliche Redakteur in der Regel diejenige Person ist, die die Druckschrift in die Welt gehen läßt. Der verantwortliche Redakteur hat auch der Regel nach die Aufgabe, die Artikel für jede Nummer der Zeitung zusammenzustellen und deren Inhalt im allgemeinen einer Prüfung dahin zu unterwerfen, ob sie sich für das Blatt eignen und ihre Veröffentlichung zulässig und angebracht ist. Diese Stellung des verantwortlichen Redakteurs begründet eine gewisse tatsächliche Vermutung dafür, daß er von den in sein Blatt aufgenommenen Artikeln Kenntnis erlangt und genommen habe, so daß ihm der Gegenbeweis obliegt, daß diese Kenntnis nicht vorhanden war. Mit Grund rügt die Revision, daß das Ber.-Gericht den von dem Beklagten nach dieser Richtung angetretenen Beweis unerhoben gelassen habe. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 19. April 1917. M. (Bkl.) w. E. VI. 25/17.

---

13. Unlauterer Wettbewerb durch Vertrieb einer Ware als Rheinlachs, die nicht aus dem Rheine stammt.

Vgl. 68 Nr. 99 m. N.
UnlWG. §§ 3. 1; BGB. §§ 138. 826.

Die klagenden Firmen wie die Beklagte sind Fischhändler. Die Beklagte hatte Mitteilungen versandt, in denen „Rheinlachs" das Pfund zu 1,60 ℳ und ca. 1,60 ℳ angeboten wurde. Die damit angebotene Ware kam nicht aus dem Rhein; die Beklagte glaubte sich gleichwohl zur Führung dieser Bezeichnung berechtigt, weil nach ihrer Behauptung „Rheinlachs" zu einer Qualitätsbezeichnung für die beste Sorte Lachs ohne Rücksicht auf den Ursprung geworden sei. Die Kläger bestritten dies und klagten auf Unterlassung. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Auch dieses Gericht erachtet es nach seiner Kenntnis der einschlägigen Verhältnisse für feststehend, daß das verbrauchende Publikum unter ‚Rheinlachs‘ durchgehend solchen Lachs versteht, der aus dem Rhein kommt, und zwar gerade im Gegensatze zu den aus andern Flüssen, insbesondere auch aus skandinavischen Gewässern stammenden Lachsen. Bezeichnend ist auch, daß auch die Beklagte in ihrem Angebot ‚Rhein-‘, ‚Elb-‘, und ‚Norweger‘-Lachs, also die Fische nach den Ursprungsorten unterscheidet. Daß die Fischhändler und auch die Gastwirte vielfach unter ‚Rheinlachs‘ dem Publikum auch eine besonders gute Art von Lachs andrer Herkunft vorsetzen, mag der Beklagten zugegeben werden, auch daß in den Gastwirtskreisen die Anschauung verbreitet ist, daß unter Rheinlachs nicht ausschließlich ein aus dem Rhein stammender Fisch zu verstehen sei. Damit ist aber nicht gesagt, daß dem die im Durchschnittspublikum vertretene Ansicht entspricht. Deshalb kann das Gericht der Meinung der Gastwirte und Fischhändler, die an einer mißbräuchlichen Verwendung des Begriffs ‚Rheinlachs‘ ein erhebliches materielles Interesse haben, ein entscheidendes Gewicht nicht beimessen. Vielmehr mußte es sich nach seiner eigenen Kenntnis der Verhältnisse der Ansicht des Landgerichts anschließen, daß die Lachs verbrauchenden Kreise des Publikums unter Rheinlachs durchgehends solchen Lachs verstehen, der aus dem Rhein stammt, und daß sie diese Art Lachs für die beste und die aus andern Flüssen stammenden Arten an Güte übertreffende ansehen.

Daraus folgt, daß die Beklagte, indem sie Lachs, der nicht aus dem Rhein stammt, als Rheinlachs angeboten hat, unrichtige Angaben über den Ursprung von Waren gemacht hat, und zwar solche, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes zu machen. Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, daß sie sich nicht unmittelbar an das verbrauchende Publikum, sondern lediglich an Fischhändler gewandt habe, die über die Bedeutung des Begriffs ‚Rheinlachs‘, wie ihn Beklagte verstehe, unterrichtet seien. Denn es steht für das Gericht fest und ist auch von der Beklagten garnicht bestritten, daß die als ‚Rheinlachs‘ den Fischhandlungen angebotene Ware, die in Wahrheit kein Rheinlachs war, von diesen Handlungen dem Publikum ebenso weiter angeboten worden ist und daß die Beklagte dies von vornherein gewußt hat. Denn nach der Art des Geschäfts zwischen der Beklagten und ihren Abnehmern waren die letzteren garnicht in der Lage, den ihnen als Rheinlachs verkauften Fisch anders weiter zu verkaufen. Indem die Beklagte ihren Abnehmern auf diese Weise ermöglichte, nicht aus dem Rhein stammenden Lachs als Rheinlachs weiterzuverkaufen, hat sie unrichtige Angaben gemacht, die geeignet waren, auch den Fischhändlern gegenüber den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu machen.

Demnach liegt der Tatbestand des § 3 UnlWG. gegen die Beklagte vor. Aber das Gericht ist auch der Überzeugung, daß nicht minder der Tatbestand der allgemeinen Bestimmung des § 1 gegeben ist, daß es gegen die guten Sitten



verstößt, wenn die Beklagte im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs veranlaßt, daß eine Ware unter dem Namen ‚Rheinlachs' in den allgemeinen Verkehr gelangt, die nicht demjenigen Begriff entspricht, den das Publikum mit ihm zu verbinden pflegt. Tatsächlich bezweckt die Beklagte, um Ware, die sie bei richtiger Angabe ihrer Herkunft zu einem derartigen Preise nicht würde absetzen können, dennoch zu diesem Preise abzusetzen, das Publikum über die Herkunft der Ware zu täuschen. Ob das Publikum auf diese Weise eine Ware bekommt, die an Wert der angepriesenen gleicht, ist für die Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten nicht von entscheidender Bedeutung. Der wesentliche Punkt liegt vielmehr darin, daß die Beklagte sich durch diese Täuschung des Publikums über die Herkunft der Ware einen Vorsprung zu verschaffen sucht vor denjenigen Mitbewerbern, die dem Publikum die Wahrheit sagen, indem sie als Rheinlachs nur solchen Lachs anbieten, der aus dem Rhein stammt. Ein solches Verfahren widerspricht nach der Überzeugung des Gerichts dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Daher erscheint die Klage auch von diesem Gesichtspunkt aus begründet."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 10. Febr. 1917. W. B. u. Gen. w. F. Sch. Bf. VI. 92/16. Nö.

---

14. Schadenersatz wegen Vertiefung des Nachbargrundstücks; Überwachungspflicht des Eigentümers.

Vgl. 53 Nr. 150; 58 Nr. 53; 61 Nr. 34; 69 Nr. 81; 70 Nr. 151.
BGB. §§ 909. 823 Abs. 2; 831.

Es mag den Beklagten zugegeben werden, daß ihnen der Nachweis gelungen ist, es seien sowohl in der Person F.s wie in der M.s an sich tüchtige und erfahrene Fachleute von ihnen mit der Leitung und Ausführung des Neubaus betraut worden. Allein das schloß ihre Haftung noch keineswegs aus, da die Frage des Verschuldens nicht nur unter dem Gesichtspunkt des § 831, sondern auch unter dem des § 823 Abs. 2 BGB. zu prüfen war. Das Schutzgesetz des § 909 BGB. wendet sich vorzugsweise an den Grundstückseigentümer und verbietet ihm, sein Grundstück in der Weise zu vertiefen, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert. Der sich daraus ergebenden Pflicht wird aber der Grundstückseigentümer nicht dadurch ledig, daß er die Ausführung eines mit der Vertiefung verbundenen Werks einem tüchtigen Unternehmer überträgt; vielmehr bleibt er, indem er die Vertiefung nicht nur duldet, sondern sie mit dem dem Dritten übertragenen Werke veranlaßt, deren Urheber und als solcher verbunden, dafür zu sorgen, daß die Vertiefung nicht die in § 909 bezeichnete schädliche Folge nach sich ziehe oder daß der Boden des Nachbargrundstücks in genügender Weise anderweit befestigt werde.

In diesem Sinne wäre es Pflicht der Beklagten gewesen, schon bei der Übertragung der Arbeiten auf die Beobachtung der zur Erfüllung der Verpflichtungen aus § 909 erforderlichen Vorsicht hinzuweisen und auch nach der Beauftragung des Dritten darauf zu achten, daß die dadurch gebotene Rücksicht auf das Nachbargrundstück nicht außer acht gelassen werde. Nicht durften sie sich darauf verlassen, daß der mit der Ausführung des Baus befaßte Unternehmer das Erforderliche selbst tun werde.

So das Reichsgericht in JW. 1910, 150[15]. Warneyer Rechtspr. 1910 Nr. 18; vgl. Komm. von RGRäten Anm. 1 zu § 909.

Sie hatten diese Verpflichtung, auch wenn nicht der Kläger, wie er überdies behauptet und unter Beweis gestellt hat, die Beklagten oder deren Bauleiter schon während der Vertiefung ihres Grundstücks darauf, daß Risse an seinem Gebäude sich zeigten, aufmerksam gemacht und dadurch gewarnt haben sollte. Denn schon indem die Beklagten es unbestrittenermaßen unterließen, auf die Vorkehrung der i. S. von § 909 erforderlichen Sicherheitsmaßregeln zu achten und in der oben näher angegebenen Weise dafür zu sorgen, haben sie schuldhaft dieses Schutzgesetz zum Nachteil des Klägers verletzt und deshalb für den diesem dadurch widerrechtlich zugefügten Schaden einzustehen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 19. Okt. 1916. 5 O. 67/14.

Ch.

---

15. Die Dauer der Unterhaltspflicht von Verwandten ist im Urteil festzusetzen.

(Vgl. 60 Nr. 189 m. N.)

BGB. §§ 1602. 1612; ZPO. §§ 300. 323.

Die Kläger, Kinder des im Jahre 1902 verstorbenen Sohnes des Beklagten, nahmen den Beklagten auf Gewährung von Unterhalt in Anspruch und verlangten für jeden von ihnen jährlich 1200 ℳ seit dem 1. Jan. 1915. In 1. Instanz wurde der Beklagte zur Zahlung vierteljährlicher Unterhaltsrenten von je 210 ℳ an jeden der Kläger verurteilt, dagegen die Klage wegen des Mehrbetrags abgewiesen. Die Berufung des Beklagten, mit der eine zeitliche Begrenzung seiner Zahlungspflicht äußerstenfalls auf die Dauer der Minderjährigkeit der Kläger beantragt war, wurde als unbegründet zurückgewiesen. Das Reichsgericht hob auf und verwies die Sache an das Ber.-Gericht zurück. Aus den Gründen:

„Das Ber.-Gericht geht ohne Rechtsirrtum davon aus, daß bei Knaben besserer Herkunft, wie es die Kläger sind, der Unterhalt nicht nur die Kosten des Besuchs höherer Schulen, sondern auch diejenigen der Vorbildung zu einem ihrer Entwicklung und ihrer Veranlagung entsprechenden Berufe umfaßt und daß sich daher die Unterhaltspflicht des Beklagten nicht schlechthin auf die

Zeit bis zur Erreichung des 18. Lebensjahres oder bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Kläger begrenzen läßt. Daraus folgt aber nicht, daß den Klägern die Unterhaltsrente ohne jede zeitliche Begrenzung zuzusprechen und dem Beklagten zu überlassen wäre, nach Eintritt der Erwerbsfähigkeit der Kläger einer Ausbeutung seiner Unterhaltspflicht auf Grund der unbegrenzten Verurteilung durch eine Klage aus § 323 ZPO. entgegenzutreten. Die Kläger haben die Voraussetzungen eines ihnen zustehenden Unterhaltsanspruchs gegen den Beklagten nicht nur nach der Richtung zu beweisen, daß sie zurzeit außerstande seien, sich selbst zu unterhalten, sondern sie trifft auch die Beweislast dafür, daß diese Voraussetzung während des ganzen Zeitraums, für welchen sie auf künftige Leistung klagen, gegeben seien. Dieser Beweis läßt sich freilich bei der Ungewißheit der Gestaltung künftiger Dinge nicht mit völliger Sicherheit erbringen und es kann daher von dem Unterhaltsberechtigten nur verlangt werden, daß er beweist, sein Unvermögen zur eigenen Beschaffung des Unterhalts werde nach der Gestaltung der gegenwärtigen Verhältnisse bei einem gewöhnlichen, der Erfahrung entsprechenden Verlaufe der Dinge während eines bestimmten Zeitraums oder gegebenenfalls dauernd fortbestehen. Wenn auch das Gesetz den Unterhaltsanspruch der Kinder gegenüber den Verwandten aufsteigender Linie nicht an eine bestimmte Altersgrenze gebunden hat, so kann doch mangels besonderer, eine andre Annahme rechtfertigender Umstände ein Unterhaltsanspruch zunächst nur bis zu dem Zeitpunkt als begründet angesehen werden, in welchem unter Berücksichtigung der Lebensstellung der Kinder bei einem normalen Verlauf deren Erziehung und Vorbildung zu einem ihren Verhältnissen entsprechenden Beruf abgeschlossen ist. Auf den sich danach ergebenden Zeitraum muß demnach der Regel nach die auf eine Unterhaltsklage der Kinder auszusprechende Verurteilung des unterhaltspflichtigen Verwandten beschränkt werden.

Es mag Fälle geben, in denen aus besonderen Gründen sich nicht mit annähernder Bestimmtheit voraussagen läßt, ob ein Kind überhaupt jemals erwerbsfähig werden wird, und daher die Zuerkennung des Unterhalts ohne zeitliche Begrenzung geboten sein kann. Ein derartiger Fall liegt aber hier nach den Parteibehauptungen nicht vor, insbesondere ist von den Klägern nichts nach der Richtung hin vorgebracht worden, daß sie oder auch nur einer von ihnen mit einem dauernden Gebrechen behaftet sei, das voraussichtlich eine dauernde Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben würde. Das Ber.-Gericht hat von einer zeitlichen Begrenzung der Zahlungspflicht des Beklagten auch nur aus dem Grunde abgesehen, weil sich bei dem Alter der Kläger, von denen der älteste erst gerade 16 Jahre alt sei, ein bestimmter Zeitpunkt für das Ende ihres Unterhaltsanspruchs nicht angeben lasse, es vielmehr ihrer weiteren Entwicklung und Veranlagung überlassen bleiben müsse, welchem Berufe sie sich später zuwenden dürften und wann sie selbst imstande sein würden, ihren Unterhalt zu verdienen. Diese Erwägung vermag die Zuerkennung zeitlich unbegrenzter

Unterhaltsrenten nicht zu rechtfertigen. Eine derartige Verurteilung des Beklagten bedeutet inhaltlich den Ausspruch einer lebenslänglichen Zahlungspflicht und eine solche ist nach den vorliegenden Verhältnissen nicht begründet, da das Ber.-Gericht selbst annimmt, daß die Kläger im Lauf der Zeit erwerbsfähig werden und damit aufhören werden, unterhaltsberechtigt zu sein. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb es nicht möglich sein sollte, unter Zuhülfenahme allgemeiner Erfahrungsgrundsätze mit annähernder Sicherheit den Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu dem voraussichtlich die Ausbildung der Kläger zu einem ihren Verhältnissen entsprechenden Beruf abgeschlossen sein wird. Sollte sich der darnach bestimmte Zeitpunkt infolge des Eintritts jetzt nicht voraussehbarer ungewöhnlicher Umstände als unrichtig erweisen und sich ein weiterer Unterhaltsanspruch der Kläger als begründet herausstellen, so muß den Klägern dessen spätere Geltendmachung in einem neuen Rechtsstreit überlassen bleiben. Jedenfalls kann eine in dieser Hinsicht etwa bestehende Unsicherheit nicht dazu führen, die Zahlungspflicht des Beklagten schon jetzt über den nach der Lebenserfahrung bei einem gewöhnlichen Lauf der Dinge anzunehmenden Zeitpunkt hinaus auszudehnen, vielmehr kann den Klägern als der beweispflichtigen Partei der Unterhalt nur auf so lange zuerkannt werden, als sich ihr Anspruch nach den von ihnen nachgewiesenen gegenwärtigen Umständen als berechtigt voraussehen läßt.

Die Annahme des Ber.-Gerichts, daß es dem Beklagten überlassen bleiben müsse, bei Eintritt der Erwerbsfähigkeit der Kläger einer weiteren Inanspruchnahme aus dem Urteil im Wege der Klage aus § 323 ZPO. entgegenzutreten, ist rechtsirrig. Einerseits würde die Verweisung auf § 323 ZPO. eine Umkehrung der Beweislast zu ungunsten des Beklagten bedeuten, da bei der Klage aus § 323 der Beklagte den Beweis erbringen müßte, daß die Kläger erwerbsfähig geworden seien, während die Kläger nur berechtigt sind, Unterhalt zu fordern, solange sie ihre Erwerbsunfähigkeit nachzuweisen vermögen. Anderseits ist eine Klage aus § 323 ZPO. überhaupt nur zulässig, wenn nachträglich eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen eingetreten ist, welche bei dem Erlaß des früheren Urteils nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts in Betracht zu ziehen waren, und zwar nicht nur für die Bestimmung der Höhe der Renten, sondern auch für die Bemessung der Dauer ihrer Entrichtung. Der Einfluß, den erfahrunggemäß das zunehmende Lebensalter auf die Erwerbsfähigkeit eines Kindes ausübt, gehört aber der Regel nach zu den Verhältnissen, die für die Bemessung der Höhe und der Dauer der Unterhaltsrenten von vornherein zu berücksichtigen sind, und es kann deshalb zweifelhaft sein, ob er, soweit er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge voraussehbar gewesen ist, als nachträglicher Eintritt einer wesentlichen Änderung in den bei Erlaß des früheren Urteils maßgebenden Verhältnissen anzusehen und zur Begründung einer Klage aus § 323 ZPO. geeignet sei. Der Standpunkt des Ber.-Gerichts würde aber auch der Absicht des Gesetzgebers widersprechen, Prozesse, soweit möglich,

zu vermeiden und in zahlreichen Fällen an sich vermeidbare nachträgliche Streitigkeiten hervorzurufen geeignet sein.

Die vorstehend entwickelten Grundsätze sind vom Reichsgericht bereits in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen (vgl. z. B. JW. 1905, 143[23], 152[38], 283[4]) und seitdem in ständiger Rechtsprechung festgehalten worden. Auch bei erneuter Prüfung aus Anlaß des vorliegenden Falls ergibt sich kein Grund, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Danach ist die zeitlich unbegrenzte Verurteilung des Beklagten nicht gerechtfertigt, vielmehr muß in dem Urteil die Dauer der den Klägern zugesprochenen Rente näher bestimmt werden. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Ber.-Gericht zurückzuverweisen — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 20. März 1916. Schm. (Bkl.) w. Schm. (OLG. Kiel). IV. 410/15.

---

16. Verjährung der Ersatzklage gegen den Liquidator einer Gesellschaft m. b. H. wegen unrichtiger Verteilung.

GmbHG. §§ 73. 43; HGB. §§ 241. 249; BGB. § 198.

Der Kaufmann Heinrich A. und die Ehefrau Anna v. L. waren die alleinigen Mitglieder der klagenden Gesellschaft m. b. H. Springer Kalkwerke. Am 13. April 1907 beschlossen sie die Liquidation und die Bestellung des A. zum Liquidator und an demselben Tage brachte A. das Gesellschaftsvermögen zwischen sich und der Mitgesellschafterin zur Verteilung. In der Folge erstritten Gläubiger, die man übersehen hatte, rechtskräftige Urteile gegen die Klägerin. Dies gab den Anlaß, daß Frau v. L. eine Gesellschafterversammlung berief, worin die Erhebung einer Regreßklage gegen A. wegen vorzeitiger Verteilung des Gesellschaftsvermögens beschlossen wurde. Gegen diese Klage erhob A. u. a. die Einrede der Verjährung, die in allen Instanzen für begründet erachtet wurde. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Das Kammergericht hat den Anspruch mit Recht für verjährt erachtet. Während das Gesellschaftsvermögen am 13. April 1907 verteilt war, wurde die Klage am 17. Juni 1912 erhoben. Nach § 73 Abs. 3 GmbHG. finden auf den Ersatzanspruch einer Gesellschaft m. b. H. gegen ihren Liquidator die den Geschäftsführer betreffenden Vorschriften in Abs. 3 und 4 des § 43 entsprechende Anwendung; nach § 43 Abs. 4 aber verjährt der Anspruch gegen Geschäftsführer in fünf Jahren. — — —

Wann die fünfjährige Verjährung beginnt, ist in § 43 Abs. 4 GmbHG. freilich ebensowenig gesagt wie in den gleichlautenden Bestimmungen über die Verjährung der Ersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von Akt.-Gesellschaften oder Genossenschaften (§§ 241 Abs. 5, 249 Abs. 4 HGB.; §§ 34 Abs. 4, 41 Abs. 4 GenG.). Infolgedessen sind verschiedene Mei-

nungen darüber hervorgetreten, was hier i. S. des § 198 BGB. als Entstehung des Anspruchs zu gelten habe. Das Kammergericht nimmt im Anschluß an Hachenburg in Staubs GmbHG. § 43 Anm. 21 an, daß schon der Zeitpunkt der Begehung der Pflichtverletzung entscheide. Dagegen hat der erkennende Senat in RGEntsch. 83, 356 den Augenblick für maßgebend erklärt, in welchem zuerst die objektive Möglichkeit vorliegt, den Schuldner, sei es auch nur mit einer Feststellungsklage, wegen des Schadens zu belangen. Diese Abweichung in der Auslegung des Gesetzes — ob Vornahme der Handlung, ob Schadenseintritt — spielt hier keine Rolle, da der Schaden der Klägerin notwendig mit der pflichtwidrigen Handlung des A. entstand. Dadurch, daß dieser das Vermögen vorzeitig verteilte, entzog er ihr die Mittel, die sie zur Befriedigung der Gläubiger bereithalten mußte. Was aber die Revision für maßgebend ansieht, die Kenntnis der Gesellschaft von dem Schaden — hier die Kenntnis der Klägerin von der unbefriedigt gebliebenen Forderung — wird in fester Rechtsprechung des Reichsgerichts als Anfangszeitpunkt der Verjährung abgelehnt (vgl. RGEntsch. 29, 28; 39, 48; 83, 356). § 852 BGB. hat auszuscheiden, um eine Deliktsklage handelt es sich nicht. Daß unter Umständen der Regreßanspruch verjähren kann ehe die Gesellschaft von seiner Entstehung Kenntnis erhält, ist dem Gesetzgeber nicht entgangen. Er hat es in Kauf genommen, um den Zweck zu erreichen, daß die verantwortlichen Personen nicht allzu lange in Besorgnis der Verfolgung schweben (vgl. den Kommiss.-Bericht zum Aktienges. von 1884, 13 f.).

Ob dem A. eine böswillige Handlungsweise vorzuwerfen war oder nicht, begründet nach § 43 Abs. 4 GmbHG. für die Verjährung keinen Unterschied. Die Revision vertritt den gegenteiligen Standpunkt mit der Behauptung, daß im vorliegenden Fall der § 73 Abs. 3, außer mit § 43 Abs. 4, auch mit § 31 Abs. 5 zusammengefaßt werden müsse. Nur im allgemeinen, führt sie aus, verjährten Ansprüche aus § 73 schon in fünf Jahren; es verhalte sich anders, wenn sie zugleich Ansprüche aus §§ 30. 31 seien. Habe der Liquidator böslich nicht bloß das Sperrjahr verletzt, sondern Vermögensstücke verteilt, die zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich waren, so greife die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung Platz. Durch A. sei ohne Rücksicht auf Deckung des Stammkapitals schlechthin das ganze Gesellschaftsvermögen verteilt worden.

Damit hat die Revision das Verhältnis der verschiedenen Verjährungsvorschriften zueinander mißverstanden. § 73 verbietet dem Liquidator, das Vermögen der Gesellschaft vor Ablauf des Sperrjahres und vor Tilgung oder Sicherstellung der Schulden zu verteilen. Dagegen beziehen sich die §§ 30. 31 auf den Fall, wenn ein Gesellschafter zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliches Vermögen ausbezahlt empfängt. Teilt ein fremder Liquidator den Gesellschaftern im Sperrjahre das gesamte Vermögen auf, so richtet sich die Verjährung seiner Ersatzverpflichtung nur nach § 73 Abs. 3 (§ 43 Abs. 4), nicht nach § 31 Abs. 5. Wohl ist es möglich und trifft gerade hier zu, daß beide

Gesetzesbestimmungen gleichzeitig anzuwenden sind, indem der Liquidator Gesellschafter ist und innerhalb der abzuwartenden Frist Stammkapital sich selbst zuweist. Dann gilt aber § 31 Abs. 5 nur für seine Haftung als Gesellschafter, während die Verabsäumung der Pflichten, die ihm als Organ der Gesellschaft obliegen, insofern nicht in Betracht kommt. Auch der Kommentar von Staub-Hachenburg § 73 Anm. 13, auf den sich die Revision beruft, ist keiner andern Meinung. Wie nun das Kammergericht festgestellt hat, wurde die Erhebung lediglich einer Klage gegen A. beschlossen, die sich auf Mängel seiner Geschäftsführung stützte. Diese Feststellung beruht auf rechtlich unbedenklicher Auslegung der Gesellschafterbeschlüsse und wird von der Revision nicht angegriffen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 7. Dez. 1915 in der preuß. Sache Spr. Kalkw. (Kl.) w. A. (KG. Berlin). II. 338/14.

---

17. Fixgeschäft, wenn bis zu einem bestimmten Tage die Stellung eines Akkreditivs vereinbart ist.

HGB. § 376.

Die Parteien hatten am 14. Febr. 1916 abends 8 Uhr mündlich einen Vertrag über Lieferung von 200 Ztr. Schweineschmalz zum Preise von 344 *M* für den Ztr. an Klägerin geschlossen. Dieser Vertrag wurde schriftlich bestätigt. Es war darin vereinbart, daß Akkreditiv über 68000 *M* „morgen" — also am 15. Februar — gestellt werden sollte. Das Akkreditiv ist unstreitig erst am 16. Februar gestellt worden. Die Sache hat dann unter den Parteien bis zum 27. Februar geruht. An diesem Tage setzte die Klägerin der Beklagten eine Nachfrist bis zum 1. März, die bis zum 6. März verlängert wurde. Lieferung ist nicht erfolgt. — Die Klägerin verlangte nunmehr Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Das Geschäft ist mündlich am 14. Februar abends 8 Uhr abgeschlossen und dabei verabredet, daß das Akkreditiv „morgen" — also am 15. Februar — gestellt werden solle; es betraf einen zu der fraglichen Zeit sehr gefragten Artikel, dessen Preis, wie am besten die klägerische Preisberechnung ergibt, jäh stieg. Schon diese Umstände ergeben zur Genüge, daß diese — an sich für die Stellung eines Akkreditivs sehr kurz bemessene Frist — für das Geschäft von ausschlaggebender Bedeutung war. Wenn ein Kaufmann in Magdeburg abends um 8 Uhr die Verpflichtung übernimmt, am nächsten Tage ein Akkreditiv in Berlin zu eröffnen, so ist das die deutlichste Bekundung der nach übereinstimmender Auffassung der Parteien durch die Sachlage gebotenen Eile.



Um so mehr aber ist das bei den gegenwärtigen Verhältnissen der Fall. Während der Kriegszeit haben, insbesondere im Nahrungsmittelgeschäft, die bisherigen Formen der Zahlung oder Kreditgewährung in weitem Umfange ihre Bedeutung verloren und an ihre Stelle sind die Geschäfte mit Akkreditivstellung getreten. Diese Akkreditivstellung gibt dem Verkäufer die Gewähr der Zahlungsfähigkeit seines Gegenkontrahenten und der rechtzeitigen Verfügungsmöglichkeit über den Gegenwert, die — bei der häufig rein zufälligen Verbindung der Kontrahenten und den zahlreichen Zwischenhändlern, die erfahrunggemäß in Frage kommen — in ganz andrer Weise als im Friedensgeschäfte Bedingung einer ordnungmäßigen Abwickelung ist. Die ordnungmäßige Akkreditivstellung ist daher, wenn sie auch nur eine Vorbereitung der eigentlichen Zahlung ist, dennoch bereits ein Teil der dem Schuldner obliegenden Leistung, es ist, wie das Landgericht es zutreffend ausdrückt, „die primäre Verpflichtung" des Schuldners. Wenn daher in den gegenwärtigen Zeiten ein befristetes Akkreditiv vereinbart wird, so sind die Parteien sich über die Wesentlichkeit dieser Fristbestimmung durchaus klar, und erst recht, wenn es sich um eine so kurz bemessene Frist handelt, wie hier.

Daran wird auch nicht das geringste durch den Umstand geändert, daß die Beklagte das Bestätigungsschreiben erst durch die Hände ihres Magdeburger Vertreters gehen ließ, also auf die beschleunigte Zustellung dieses Schreibens an die Klägerin keinen besonderen Wert legte, denn da das Bestätigungsschreiben keine neuen Vertragsbestimmungen enthielt, sondern nur das mündlich Vereinbarte richtig wiedergab, entbehrt es jeder selbständigen Bedeutung; seine Bedeutung erschöpft sich in der Feststellung des mündlich Verabredeten. Diese mündlichen Verabredungen mußte die Klägerin einhalten, gerade wie sie sie hätte einhalten müssen, wenn eine schriftliche Bestätigung des Geschäfts nicht erfolgt wäre.

Es handelt sich mithin um ein Geschäft, bei dem bedungen ist, daß die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer bestimmten Frist bewirkt werden sollte, und das Landgericht hat mit Recht die Bestimmung des § 376 HGB. für anwendbar erklärt. Da die Frist unstreitig nicht innegehalten ist, hatte die Beklagte das Recht, vom Vertrage zurückzutreten oder, falls Klägerin im Verzuge war, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; das Recht der Beklagten auf Erfüllung war erloschen, da mit dem Eintritt der Fälligkeit nicht die Anzeige erstattet war, daß auf Erfüllung bestanden werde; ebenso wie die Klägerin mit dem Ablauf der Frist das Recht, ihrerseits Erfüllung zu beanspruchen, verloren hatte (ROHGEntsch. 4, 286; 9, 411). — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 18. April 1917. C. St. w. W. M. & Co. Bf. IV. 378/16. Nö.

II. Verfahren.

18. Streitwert einer für die Dauer eines Unterhaltsprozesses durch Einstweil. Verfügung festgesetzten Geldrente.

Vgl. 66 Nr. 105.
GKG. § 9a; ZPO. § 940.

Dem Beklagten ist durch Urteil des Landgerichts im Wege der einstweil. Verfügung auferlegt, dem Kläger, seinem Enkel, monatlich 15 M als Unterhaltsbeitrag, beginnend mit dem 15. April 1915 bis auf weiteres zu bezahlen. Seine Berufung ist auf seine Kosten zurückgewiesen. Gegen die für die Ber.-Instanz unter Zugrundelegung eines Streitwerts von 900 M aufgestellte Gerichtskostenrechnung hat der Beklagte Erinnerung mit dem Antrage erhoben, der Berechnung den Betrag der Unterhaltsgelder für ein Jahr als Streitwert zugrunde zu legen. Der Betrag für ein Jahr beläuft sich auf 12mal 15 = 180 M.

Für die Berechnung des fünffachen Betrages nimmt die angefochtene Gerichtskostenrechnung auf den § 9a GKG. Bezug, der hier auch anwendbar ist. Nicht aber die Bestimmung des Abs. 3, an die der Beklagte gedacht haben mag, da die dort angeordnete Berechnung des Streitwerts auf den einjährigen Betrag der geforderten Geldrente nur stattfindet, wenn für die Dauer des eine „Ehesache" betreffenden Rechtsstreits über die Unterhaltungspflicht der Ehegatten zu entscheiden ist. Dagegen liegt hier der Fall des Abs. 2 Satz 1 vor, wonach bei Unterhaltsansprüchen, die auf gesetzlicher Vorschrift beruhen, der Wert des Rechts auf die wiederkehrenden Leistungen auf den fünffachen Betrag des einjährigen Bezuges zu berechnen ist falls nicht der Gesamtbetrag der geforderten Leistungen geringer ist. Letzteres trifft hier aber zu. Diese Ausnahme ist nicht nur gegeben, wenn der geringere Gesamtbetrag der geforderten Leistungen im Antrage beziffert ist, sondern auch dann, wenn die Umstände des Falles ergeben, daß die zugesprochenen wiederkehrenden Leistungen hinter dem fünffachen Betrage des einjährigen Bezuges zurückbleiben. Darüber, ob dies der Fall ist, entscheidet das richterliche Ermessen (vgl. auch Rittmann, Wert des Streitgegenstandes[3] § 151 S. 305).

Vorliegendenfalls kommt die Verpflichtung des Beklagten zur Unterhaltsgewährung an den Kläger nun nur für die Dauer des über den klägerischen Unterhaltsanspruch geführten Hauptprozesses in Betracht. Dieser wird aber nach Überzeugung des Gerichts innerhalb zweier Jahre von April 1915 an rechtskräftig entschieden sein.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 29. Jan. 1916 i. S. L. (Kl.) w. L. Bf. VI. 345/15. B.

---

19. Gerichtsstand des Vertrages bei der Klage auf Rückgabe vermieteter Gegenstände oder Schadenersatz.

Vgl. 50 Nr. 274 m. N.; auch unten Nr. 26.
ZPO. § 29; BGB. § 556.

Kläger hatte an die verklagte Intendantur in Altona sein in R., LG.-Bezirks Bremen, belegenes Wirtschaftsanwesen „Landlust" vom 31. März 1915 ab vermietet. Der Mietvertrag ist mit dem 1. Juli 1916 aufgelöst worden. Kläger behauptete, daß von den in dem Anwesen untergebrachten Mannschaften die Räume über den ordnungmäßigen Gebrauch hinaus beschädigt worden seien und forderte hierfür von der Beklagten Schadenersatz. Die Beklagte erhob die Einrede der Unzuständigkeit des angegangenen Bremer Gerichts, die zurückgewiesen wurde. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Kläger stützt seinen Hauptanspruch in Höhe von 6464,31 ℳ darauf, daß die ihm zurückgegebenen vermieteten Räumlichkeiten über den vertragmäßigen Gebrauch hinaus abgenutzt worden seien. Er behauptet damit, daß die Beklagte ihre Verpflichtung zur Rückgabe der vermieteten Sachen nicht gehörig erfüllt habe. Ob der Vermieter auch schon während der Dauer des Mietverhältnisses einen Anspruch auf Entschädigung wegen eines vertragwidrigen Gebrauchs der Sachen gegen den Mieter hat, ist rechtlich ohne Bedeutung, da der Kläger seinen hier klagend geltend gemachten Anspruch auf die nicht gehörige Erfüllung der Rückgabeverpflichtung der Beklagten stützt und es hierauf für die Frage der Zuständigkeit des Gerichts allein ankommt. Diese Rückgabeverpflichtung hat die Beklagte, wie auch das Landgericht nicht verkennt, an sich an dem Orte zu erfüllen, wo sich die vermieteten Räumlichkeiten befinden. Dies ist auch noch besonders aus dem Vertrage zu folgern, wonach die Vergütung für die Abnutzung des Lokals und Inventars von der Bremer Garnisonverwaltung zu regeln ist. Daraus folgt aber nach § 29 ZPO., daß dieser Ort auch für die Geltendmachung des fraglichen Anspruchs entscheidend ist, denn die streitige Verpflichtung i. S. von § 29 ZPO., aus der der Schadenersatzanspruch hergeleitet wird, ist die Verpflichtung der Beklagten als Mieterin, die vermietete Sache in vertragmäßigem Zustande zurückzuliefern. Ob der Kläger von der Beklagten die Wiederherstellung des vertragmäßigen Zustandes selbst oder Schadenersatz in Geld beansprucht, ist rechtlich ohne Bedeutung, da nach § 29 der Gerichtsstand für jede Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer streitigen Verpflichtung gegeben ist. Ebenso ist es ohne Bedeutung, daß im vorliegenden Fall die vermietete Sache selbst dem Kläger bereits zurückgegeben worden ist, da der Anspruch die nicht gehörige Erfüllung der aus dem Mietvertrage sich ergebenden Rückgabeverpflichtung betrifft (vgl. RG. in SeuffA. 50 Nr. 274).

Ebenso ergibt sich die Zuständigkeit des Bremer Gerichts auch hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs wegen nicht erfolgter Rückgabe einer Anzahl von Gegenständen, die sich in den vermieteten Räumlichkeiten befunden haben.

Daß diese Gegenstände, für welche der Kläger einen Schadenersatz von 1352,80 ℳ fordert, an dem Orte, wo sie sich befunden, zurückzugeben waren, ergibt sich aus der Natur der Sache. Daraus folgt aber wieder nach § 29 ZPO., daß für die Klage auf Entschädigung wegen nicht gehöriger Erfüllung dieser Rückgabeverpflichtung das Bremer Gericht zuständig ist. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 28. Juni 1917. E. B. w. stellvertr. Int. des IX. Armeekorps. Bf. VI. 125/17. Nö.

---

20. Ist die Verbindung der Beitrittserklärung auf eine Streitverkündung mit der Einlegung der Berufung zulässig?

Vgl. 72 Nr. 83 m. N.
ZPO. §§ 74. 70. 66 Abs. 2, 518.

Obige Frage ist vom Reichsgericht im Gegensatz zur Entscheidung des Ber.-Gerichts (SeuffA. 72 Nr. 83) mit folgender Begründung bejaht worden:

„Das Ber.-Gericht hat die Berufung der Firma Heinrich B. als unzulässig verworfen, weil der Beitritt dieser Firma, welcher die Beklagte den Streit verkündet hatte, frühestens am 12. Mai 1916 mit der Zustellung des die Beitrittserklärung enthaltenden Schriftsatzes an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin erfolgt, die Berufung dagegen bereits vorher durch die am 11. Mai geschehene Einreichung der Ber.-Schrift bei dem Ber.-Gericht eingelegt, die Einlegung der Berufung vor erfolgtem Beitritt aber unzulässig sei.

Allerdings ist der Beitritt der Firma B., wodurch sie die Stellung eines Nebenintervenienten erlangte, gemäß § 70 ZPO. nicht vor dem 12. Mai 1916 erfolgt, während ihre Berufung bereits am 11. Mai nach § 518 ZPO. eingelegt war. Unrichtig ist aber die Annahme des Ber.-Gerichts, daß deshalb die Berufung unzulässig sei. Denn unverändert trotz der späteren Änderung der Zivilprozeßordnung, wonach die Einlegung der Berufung bereits mit der Einreichung der Ber.-Schrift bei dem Ber.-Gericht erfolgt, ist § 66 Abs. 2 ZPO. geblieben. Darnach kann nach wie vor die Nebenintervention auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen. Mit dieser Bestimmung ist § 70 ZPO. dadurch in Einklang zu setzen, daß zwar die Nebenintervention sich erst vollendet mit der Zustellung des die Beitrittserklärung enthaltenden Schriftsatzes an beide Parteien, daß aber, falls die Nebenintervention, wie im vorliegenden Falle, in Verbindung mit der Einlegung des Rechtsmittels erfolgen soll, was das Gesetz gestattet, die Einreichung des die Beitrittserklärung enthaltenden Schriftsatzes bei dem für das Rechtsmittel zuständigen Gerichte zugleich mit der Einlegung des Rechtsmittels genügt, falls nur die Zustellung des Schriftsatzes später erfolgt. Dies entspricht der in RGEntsch. 76, 167 ff. abgedruckten Entscheidung, deren Begründung beizutreten ist. In dem dort zur Entscheidung stehenden Falle

enthielt allerdings die Rev.-Schrift zugleich die Beitrittserklärung, und es wurde die Bestimmung im § 553a ZPO., wonach die Rev.-Schrift der Gegenpartei von Amts wegen zuzustellen ist (entsprechend § 520 ZPO. für die Ber.-Schrift), verwertet. Im vorliegenden Falle dagegen enthielt die Ber.-Schrift nur eine Bezugnahme auf den gleichzeitig eingereichten besonderen, die Beitrittserklärung enthaltenden Schriftsatz. Es muß auch hier genügen, daß dieser Schriftsatz nach der Einreichung der Ber.-Schrift noch innerhalb der Ber.-Frist den beiden Parteien zugestellt ist. Das angegriffene Urteil beruht demnach auf einer Verletzung des § 66 Abs. 2 ZPO. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 1. Mai 1917. K. w. K. II. 19/17.

---

21. Eine außergerichtliche Vereinbarung über die Kosten ändert nicht die gesetzliche Kostenpflicht des die Klage zurücknehmenden Klägers.

Vgl. 63 Nr. 263 m. N.; 68 Nr. 246; 69 Nr. 256.
ZPO. § 271 Abs. 3.

Die Klägerin hat bei der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht die Klage zurückgenommen. Nach § 271 Abs. 3 ZPO. verpflichtet die Zurücknahme der Klage den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über sie bereits rechtskräftig erkannt ist oder ein gerichtlicher Vergleich abgeschlossen worden ist (vgl. Gaupp-Stein Anm. VI, 1; Skonietzki-Gelpcke Note 20; Förster-Kann Anm. 5, b β zu § 271 ZPO.). Eine außergerichtliche Vereinbarung über die Pflicht der Kostentragung kommt aber gegenüber der prozeßrechtlichen Vorschrift des § 271 Abs. 3 nicht in Betracht;

so auch OLG. Dresden in SeuffA. 63 Nr. 263; Förster-Kann a. a. O.; für den Fall der Zurücknahme einer Revision RG. in JW. 1904, 365[29]; a. M. Gaupp-Stein und Skonietzki-Gelpcke a. a. O.

Auf Grund eines außergerichtlichen Abkommens über die Kosten können dem Klageteil privatrechtliche Ansprüche gegen den Beklagten, der unter Berufung auf die Vorschrift in § 271 Abs. 3 ZPO. die Verurteilung des Klägers zur Tragung der Kosten erwirkt hat, zustehen, die gegebenenfalls in einem besonderen Rechtsstreit, nicht jedoch im Kostenfestsetzungsverfahren geltend zu machen sind. Bei dieser Sachlage ist eine Beweiserhebung darüber, ob das behauptete Abkommen zwischen den Parteien getroffen worden ist, nicht veranlaßt. Die sofortige Beschwerde der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil war vielmehr kostenfällig zurückzuweisen.

Beschluß des OLG. München (4. Sen.) v. 29. Dez. 1915. B. w. H. Beschw.-Reg. 567/15. F—z.



22. Vorbehaltsurteil; ein rechtlicher Zusammenhang der Aufrechnungseinrede mit der Klageforderung wird nicht durch einen Aufrechnungsvertrag hergestellt.

(Vgl. 67 Nr. 218.)

ZPO. § 302; BGB. § 387.

Gegen die Klage auf Bezahlung einer Tischlerrechnung wollte die Beklagte aufrechnen mit einer Provisionsforderung, die angeblich ihrem Manne gegen den Kläger zustehen und deren Aufrechnung gegen die Klageforderung ihr Mann mit dem Kläger abgemacht haben sollte — was alles vom Kläger bestritten wurde. Das Landgericht verurteilte die Beklagte unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Nach § 302 Abs. 1 ZPO. konnte das Landgericht über den zur Entscheidung reifen Teil der Klageforderung erkennen und die Entscheidung über die Aufrechnung vorbehalten, weil die Gegenforderung der Beklagten zur Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Sie stammt weder aus demselben Rechtsverhältnisse wie die Werklohnforderung des Klägers; noch stehen beide Forderungen in einem Bedingungsverhältnis zueinander. Der vom Gesetz geforderte rechtliche Zusammenhang wird auch dadurch nicht herbeigeführt, daß verabredete Aufrechnung behauptet wird. Wenn das angenommen werden sollte, könnte der mit einer entscheidungsreifen Forderung in Anspruch genommene Beklagte seine unreife Gegenforderung zur Reife bringen, solange ihm Zeit zum Nachweise der Verabredung gelassen wird. Bei dieser ausdehnenden Gesetzesauslegung würde der Zweck des Gesetzes, die feststehende Klageforderung vor der unbewiesenen Gegenforderung zu bevorzugen, verloren gehen (vgl. OLGRspr. 16, 102; 20, 317)."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 18. Sept. 1917. Frau M. (Bkl.) w. R. Bf. III. 216/17. B.

---

23. Der Leistungsanspruch gegen die Frau und der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Mann sind verschiedenartige Ansprüche.

Vgl. 61 Nr. 64; 70 Nr. 93.

ZPO. §§ 739 ff.

Die Beschwerde der Klägerin richtet sich dagegen, daß ihr durch den Beschluß des Landgerichts die Hälfte der gesamten Prozeßkosten auferlegt ist. Ob diese Kostenverteilung der Klägerin gerecht wird, kann dahinstehen. Auch wenn es nicht der Fall sein sollte, muß dieser Beschwerde der Erfolg versagt bleiben. — — —

Das Landgericht hat durch Urteil v. 26. Okt. 1916 der Klägerin die Kosten der gegen den verklagten Ehemann gerichteten Klage auferlegt, der verklagten

Ehefrau die der gegen sie gerichteten Klage. Hätte es die Kosten nach Quoten verteilt, wäre jede Unklarheit vermieden worden. Nachdem die wenig glückliche Kostenentscheidung einmal ergangen ist, muß zunächst geprüft werden, ob, wie das Landgericht meint, mit der Klage ein einheitlicher Anspruch gegen die beiden verklagten Eheleute erhoben ist, oder ob verschiedene, rechtlich selbständige Ansprüche geltend gemacht sind. Im ersten Fall würde sich fragen, ob die Halbierung der Prozeßkosten dem Maße der Beteiligung der Beklagten am Rechtsstreit entspricht. Im letzten Fall würde dagegen dem jetzt anhängigen Beschwerdeverfahren der Boden entzogen sein. Denn vor der Kostenfestsetzung müßte der Streitwert der beiden verschiedenen Ansprüche festgestellt sein, und da das Landgericht das ausdrücklich abgelehnt hat, wäre es Sache der Klägerin, sich hiergegen mit der Beschwerde zu wenden.

Der erkennende Senat ist im Gegensatz zu der von Gaupp-Stein und Rittmann vertretenen Auffassung der Ansicht, daß es sich vorliegend nicht um einen einheitlichen Anspruch, sondern um getrennte, rechtlich voneinander unabhängige Ansprüche handelt. Der gegen den Ehemann gerichtete Anspruch auf Duldung der Zw.-Vollstreckung in das von seiner Ehefrau eingebrachte Gut hat zwar zur Voraussetzung, daß gegen die Frau der Anspruch, dessen Vollstreckung er dulden soll, überhaupt besteht. Insofern ist allerdings der gegen den Mann gerichtete Anspruch akzessorischer Art. Die Rechtsnatur beider Ansprüche ist aber ganz verschieden. Während der Prozeß, soweit er gegen die Frau geführt wird, die Frage zum Gegenstande hat, ob gegen sie überhaupt ein Anspruch besteht, wird gegen den Mann geltend gemacht, daß er bejahendenfalls verpflichtet sei, die Zw.-Vollstreckung zu dulden. Die Grundlage dieses Anspruchs ist also güterrechtlicher Art, während der Anspruch gegen die Frau sich auf ganz andern Rechtsgebieten bewegt. Trotz ihres tatsächlichen Zusammenhangs sind also die beiden Ansprüche rechtlich völlig verschieden geartet. Daß sie insoweit voneinander unabhängig sind, kommt auch darin zum Ausdruck, daß sie keineswegs in derselben Klage zusammen geltend gemacht werden müssen, und daß, wie gerade dieser Prozeß lehrt, der eine von ihnen begründet, der andre unbegründet sein kann. Unter solchen Umständen kann von einem einheitlichen Anspruch, der nur in verschiedener Richtung geltend gemacht werde, füglich nicht gesprochen werden. Die Entscheidung des Reichsgerichts in Entsch. 50, 53 steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Dort handelt es sich um andre Fragen.

Hiernach kann die erhobene Beschwerde, die sich ausdrücklich nur gegen den zweiten Abschnitt des landgerichtlichen Beschlusses wendet, keinen Erfolg haben. Ob die Klägerin sachlich im Recht ist, kann erst geprüft werden, wenn sie gegen den ersten Abschnitt des landgerichtlichen Beschlusses Beschwerde eingelegt haben wird.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 9. Febr. 1917. E. A. G. w. M. K. und F. K. Bs. Z. V. 5/17. Nö.



24. Eine Verurteilung nach § 890 ZPO. setzt schuldhafte Verfehlung gegen das rechtskräftig gewordene Urteilsverbot voraus.

Vgl. 52 Nr. 130; 54 Nr. 201; 63 Nr. 55.

ZPO. § 890.

Der Auffassung des Landgerichts ist insofern zuzustimmen, als objektiv eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Urteils v. 27. Jan. 1916 vorliegt, und zwar eine Zuwiderhandlung in der Zeit nach Eintritt der Rechtskraft jenes Urteils. Der Beklagten ist allgemein untersagt worden, die Bezeichnung Oja zur Kennzeichnung ihres Hamburger Unternehmens, also ihres am Jungfernstieg betriebenen Parfümeriegeschäfts, zu benutzen. Ihre Geschäftsanzeige in der Aprilnummer des R.schen Modeblatts fügt der Hauptbezeichnung „Parfümerie Frau Selma Z. Jungfernstieg 38 (neben Streits Hotel)" die Nebenbezeichnung „früher Oja, Neuer Wall 50" hinzu. Damit behauptet sie geradezu, daß ihr Geschäft mit dem früher in Hamburg betriebenen Ojageschäft identisch, lediglich eine Fortsetzung desselben unter verändertem Namen sei. Außerdem kann aber beim flüchtigen Lesen der Anzeige sehr leicht der Irrtum entstehen, daß die Beklagte noch immer, wie früher, ein Hamburger Zweiggeschäft der Klägerin leite. In beiden Beziehungen ist unbedenklich eine verbotwidrige Benutzung der Bezeichnung Oja festzustellen.

Aber eine Verurteilung nach § 890 ZPO. setzt voraus, daß der Beklagten eine schuldhafte Verfehlung gegen das rechtskräftig gewordene Urteilsverbot nachzuweisen ist, und das ist nicht der Fall. Die neuerliche Verteidigung der Beklagten, gegen die die Klägerin Einwendungen nicht hat machen können, geht dahin, daß bei Eintritt der Rechtskraft des Urteils, der mit Ablauf des 18. März 1916 erfolgte und am 24. März 1916 der Klägerin vom Gerichtsschreiber bescheinigt worden ist, und gar zu der Zeit, als sie frühestens durch ihre Anwälte von dem Eintritt der Rechtskraft Kenntnis erhalten habe, die Aprilnummer des Modeblatts bereits druckfertig oder gar schon gedruckt gewesen sei, sodaß sie die Veröffentlichung der beanstandeten Anzeige garnicht mehr habe verhindern können. Das wird durch die zu den Akten gebrachte Bescheinigung der Firma Gebr. R. bestätigt, wonach das Modeblatt schon zu Anfang April erschienen ist. Danach läßt sich nicht feststellen, daß die Beklagte nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils schuldhaft etwas getan oder unterlassen hat, was für die Veröffentlichung der Anzeige von Bedeutung gewesen ist.

Ein solches Verhalten vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils würde die Verhängung einer Strafe nicht ohne weiteres rechtfertigen. Ob eine arglistige oder auch nur grobfahrlässige Herbeiführung eines hernach nicht mehr vermeidlichen Verstoßes gegen das Urteilsverbot die Bedeutung einer strafbaren Zuwiderhandlung gewinnen kann, darf dahingestellt bleiben. Denn es ist der Beklagten nicht zu widerlegen, daß sie zu einer Zeit, wo ihr die Wirksamkeit eines künftigen rechtskräftigen Verbots noch nicht zum Bewußtsein gebracht war, die Anordnung getroffen habe, daß ihre Geschäftsanzeige in

der Herbstnummer des Modeblatts in der nächsten Frühjahrsnummer mit etwas fetterem Druck wiederholt werde, und daß sie ohne strafwürdige Achtlosigkeit versäumt habe, diesen Auftrag zurückzunehmen.

Der an sich zulässigen sofortigen Beschwerde war demnach stattzugeben.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 11. Nov. 1916. Oja (Kl.) w. Z. Bs. Z. II. 92/16. B.

---

25. Über die Vereinbarung der Einschränkung des rechtlichen Gehörs durch den Schiedsvertrag.

§§ 1041 Nr. 4 und Abs. 2, 1034 ZPO.

Die Klägerin beantragte Vollstreckbarkeitserklärung eines Schiedsspruchs; die Beklagte bat um Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Antrag, den Schiedsspruch aufzuheben. Während das Landgericht nach den Anträgen der Beklagten erkannte, hob das Oberlandesgericht die Entscheidung des Landgerichts auf, erklärte die Zw.-Vollstreckung aus dem Schiedsspruch für zulässig und wies die Widerklage ab. Die Revision der Beklagten blieb erfolglos. — Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Schicksal der Revision hängt davon ab, ob das Schiedsgericht entsprechend der Vereinbarung der Parteien nach der Schiedsgerichtsordnung (der Münchener Getreidehändler und Müller) verfahren ist. Diese Frage ist zu bejahen, weshalb die Revision keinen Erfolg haben kann.

Die Klägerin hat aus dem Wortlaut des Schlußbriefs v. 18. Okt. 1914 und des Schiedsgerichtsscheins v. 8. Sept. 1915 die Folgerung abgeleitet, daß die Streitteile einen Verzicht auf den Anfechtungsgrund des § 1041 Nr. 4 ZPO. vereinbart haben. — — —

Maßgebend für den Umfang, in dem die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör haben, sind die Bestimmungen des Schiedsvertrages, hier also jener Schiedsgerichtsordnung. Da die Parteien im Schiedsvertrage nach § 1041 Abs. 2 ZPO. auf das rechtliche Gehör ganz verzichten können, ist auch jede Einschränkung des rechtlichen Gehörs durch den Schiedsvertrag zulässig. Haben sich die Parteien einer Beschränkung des rechtlichen Gehörs unterworfen, so ist die Anfechtung des Schiedsspruchs auch nach § 1041 Nr. 1 ZPO. wegen Unzulässigkeit des Verfahrens nicht möglich. Die Versagung der Beschränkung des rechtlichen Gehörs stellt gleichzeitig stets auch die Verletzung einer wesentlichen Grundlage des Verfahrens dar. Man darf aber diesen Fall nicht unter die einem Verzicht unzugängige Bestimmung des § 1041 Nr. 1 ZPO. bringen, denn dadurch würde man die in § 1041 Abs. 2 zugelassene Vereinbarung über die Unschädlichkeit der Nichtgewährung oder Beschränkung des Gehörs wirkungslos machen und die besondere Anordnung des Gesetzgebers in § 1041 Abs. 2 wieder beseitigen. Diese Gesetzesauslegung verstieße gegen Wortlaut und Sinn des § 1041 Abs. 2 und kann daher nicht angängig sein (vgl. RGEntsch. 35,

422/426). Rechtsirrig ist die Meinung der Beschwerdeführerin, daß das angefochtene Urteil wegen Verletzung des § 1034 und des § 1041 Nr. 1 auch dann nicht bestehen bleiben könnte, wenn die Schiedsgerichtsordnung das rechtliche Gehör der Parteien in das freie Ermessen der Schiedsrichter gestellt habe, weil § 1034 Abs. 1 darüber eine zwingende Gesetzesvorschrift gebe. Vielmehr ist, wie das Ber.-Gericht ausgesprochen hat, anerkannten Rechtens, daß eine hinsichtlich des rechtlichen Gehörs von § 1034 Abs. 1 abweichende Gestaltung des Verfahrens durch den Schiedsvertrag vereinbart werden kann (RGEntsch. 35, 422; Gruchots Beitr. 40, 844).

Dem Ber.-Gericht ist zuzugeben, daß tatsächlich durch die Schiedsgerichtsordnung das Verfahren abweichend von § 1034 Abs. 1 ZPO. geordnet ist. Nach § 10 Abs. 2 SchiedsgerO. haben die Schiedsrichter vor Fällung des Spruches die Parteien zu hören, soweit sie dies für erforderlich erachten. Diese Bestimmung weicht von § 1034 Abs. 1 ZPO. ab. Denn hier ist vorgeschrieben, daß die Schiedsrichter vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören und das dem Streit zugrunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln haben, soweit sie die Ermittelung für erforderlich erachten; eine Einschränkung des Gehörs der Parteien durch das Ermessen der Schiedsrichter ist demnach in § 1034 nicht vorgesehen. Die Ansicht der Beklagten, daß die Abweichung auf eine ungenaue Fassung der Schiedsgerichtsordnung zurückzuführen sei, kann nicht als zutreffend erachtet werden. Wenn man bei der Aufstellung der Schiedsgerichtsordnung den Parteien das rechtliche Gehör in demselben Umfang hätte zugestehen wollen wie in der Zivilprozeßordnung, so würde man entweder keine Bestimmung darüber getroffen oder die Vorschrift des § 1034 Abs. 1 ZPO. unverändert übernommen haben. — — — Die Auslegung des Ber.-Gerichts verstößt daher nicht, wie die Beklagte meint, gegen die §§ 133 und 157 BGB., weil sie ersichtlich dem wirklichen Willen des Verfassers der Schiedsgerichtsordnung entspricht und auch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte keine dem Wortlaut entgegenstehende Auslegung erfordern. Die Betrachtung der gesamten Vorschriften über das Verfahren vor dem Schiedsgericht zeigt, daß auf tunlichste Beschleunigung der Rechtsprechung hingewirkt ist. Nach § 1 Abs. 1 bezweckt die Vereinigung der Münchener Getreidehändler und Müller durch ihre Schiedsgerichtsordnung, Streitigkeiten im Geschäftsverkehr mit möglichst wenig Zeit- und Kostenaufwand zu erledigen. Die Verhandlungen des Schiedsgerichts sind mündlich, die Vorbereitung des Verfahrens durch Schriftsätze ist nicht eingeführt, Vertretung der Parteien durch Berufsanwälte ist nicht zugelassen, das Nichterscheinen einer Partei hemmt die Verhandlungen nicht, Urkunden und Beweisstücke sind zur Stelle zu bringen, der Schiedsspruch ist den Parteien möglichst sofort zu verkünden. Alle Vorschriften sind auf Vermeidung von Zeitverlust abgestellt. Aus diesem Grunde ist auch das eingeschränkte, von dem Ermessen der Schiedsrichter abhängige rechtliche Gehör eingeführt. Wer für die schiedsgerichtliche Entschei-

dung seiner Streitigkeit uneingeschränkte Anhörung durch die Schiedsrichter beansprucht, darf sich der Schiedsgerichtsordnung nicht unterwerfen. Dafür, daß die Beklagte die Bestimmungen der Schiedsgerichtsordnung über das rechtliche Gehör anders aufgefaßt habe, als ihr Wortlaut besagt, fehlt jeder Anhaltspunkt.

Hiernach ist die Annahme des Ber.-Gerichts, daß das Schiedsgericht zur Ablehnung der Verlesung des Briefwechsels und zur Vernehmung der beiden Sachverständigen ohne Zuziehung und ohne Schlußgehör der Parteien befugt war, nicht zu beanstanden. — — —"

Urteil des Obersten LG. f. Bayern (1. Sen.) v. 13. Juli 1917. W. & Co. w. W. & W. (OLG. München). Reg. Nr. 58/17. F—z.

---

26. Konkurs des Mieters, Kündigung durch den Konk.-Verwalter; Anspruch des Vermieters auf Rückgabe und Wiederherstellung der Wohnung als Masseschuld.

Vgl. 64 Nr. 189 sowie oben Nr. 19.
KO. §§ 19. 59; BGB. § 556.

Der Kläger beanspruchte aus abgetretenen Rechten des Zimmermeisters B. in L. als Masseschuld des über das Vermögen des Kaufmanns G. in L. eröffneten Konk.-Verfahrens Ersatz der Kosten von Wiederherstellungsarbeiten in der dem G. vermieteten Wohnung und Mietzins für $^3/_4$ Jahr, nachdem der verklagte Konk.-Verwalter nach Eröffnung des Konk.-Verfahrens den Mietvertrag für den 31. Dez. 1915 gekündigt hatte. — In 2. Instanz wurde der Anspruch des Klägers als Masseschuld festgestellt aus folgenden Gründen:

„Die vom Gemeinschuldner gemietete Wohnung war ihm vor der Eröffnung des Konk.-Verfahrens überlassen worden. Dies hatte zur Folge, daß von nun an der Konk.-Verwalter an die Stelle des Mieters trat, jedoch beide Teile das Mietverhältnis nach § 19 KO. kündigen durften. Für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zu seiner Beendigung oder dem früheren Ende des Mietverhältnisses hatte sonach der Konk.-Verwalter das Mietrecht als zur Masse gehörig zu beanspruchen, dagegen aber auch die aus dem Mietverhältnisse sich ergebenden Gegenleistungen zu bewirken. Insoweit diese Leistungen für die Zeit nach der Eröffnung des Konk.-Verfahrens erfolgen mußten, bilden sie Masseschulden nach § 59 Nr. 2 KO. Diese Gegenleistungen erschöpfen sich nicht mit der Entrichtung des Mietzinses, sondern dazu gehören auch die sonst aus dem Mietvertrage fließenden Verpflichtungen, soweit sie für die angegebene Zeit zu bewirken sind.

Infolge der Kündigung des Beklagten endigte das Mietverhältnis mit dem 31. Dez. 1915, und zwar nicht nur mit Wirkung für die Konk.-Masse, sondern schlechthin, auch gegenüber dem Gemeinschuldner selbst. Sofort nach der Beendigung des Mietverhältnisses war die Wohnung zurückzugeben

(§ 556 Abs. 1 BGB.). Die Rückgabepflicht gehörte also zu denjenigen Verpflichtungen aus dem Mietvertrage, die für die Zeit nach der Eröffnung des Konk.-Verfahrens erfolgen mußten und deshalb nach der angezogenen Bestimmung Masseschulden sind (vgl. Jaeger KO. § 59 Anm. 7). Es wäre unrichtig, einen Unterschied zu machen zwischen den wiederkehrenden Leistungen und andern Verpflichtungen aus dem Mietvertrage und die letzten nicht als Masseschulden zu behandeln, wie der Beklagte es anscheinend will. Wenn auch die Vorschriften der §§ 19 bis 21 KO. den Bedürfnissen Rechnung tragen sollen, die sich bei „andauernden" Schuldverhältnissen ergeben (vgl. Jaeger KO. § 59 Anm. 9, § 19 Anm. 1), so folgt daraus noch nicht, daß ihre Wirkung vor solchen Verpflichtungen Halt machen müßte, die sich während des Mietverhältnisses nicht dauernd wiederholen.

Die Rückgabe der Mieträume hat in dem Zustande zu erfolgen, in welchem sie sich bei ordnungmäßigem Gebrauch bei der Beendigung des Mietverhältnisses befinden müssen (§§ 556 Abs. 1, 548 BGB.). Dazu gehört, daß der Mieter Veränderungen, die nicht durch den vertragmäßigen Gebrauch herbeigeführt sind, schon vorher beseitigt habe. — — — Diese Verpflichtung zur Wiederherstellung bildete nun einen Teil der Rückgabepflicht und kann nicht einer andern rechtlichen Beurteilung unterworfen werden als diese selbst. Sie ist daher eine Masseschuld nach § 59 Nr. 2 KO., ebenso ist es aber auch eine Entschädigungspflicht, die sich aus einer Nichterfüllung jener Verpflichtung ergibt, insbesondere etwa infolge eines Verzugs (vgl. Jaeger KO. § 59 Anm. 7).

Der Beklagte ist unbestritten der nach dem Vorstehenden ihm als Masseschuld obliegenden Verpflichtung zur Wiederherstellung der Mieträume nicht nachgekommen. Da er die Erfüllung verweigert hat, kann der Kläger als Rechtsnachfolger des Vermieters V. Ersatz dafür in Geld — als Masseschuld — fordern, ohne daß er noch eine Frist zur Wiederherstellung hätte bestimmen müssen (§ 250 BGB.). Dieser Anspruch gehört auch nicht etwa zu denjenigen Forderungen wegen Nichterfüllung, die nach § 26 S. 2 KO. nur als Konk.-Forderungen geltend gemacht werden können, soweit kein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung besteht. Denn zu solchen sind nur diejenigen zu rechnen, die durch Erfüllungsablehnung des Verwalters nach den konkursrechtlichen Vorschriften der §§ 17. 20 Abs. 2 KO. oder von Rechts wegen mit der Konk.-Eröffnung nach § 18 KO. entstanden sind (vgl. Jaeger KO. § 26 Anm. 17); das trifft auf den streitigen Anspruch nicht zu.

Der Klaganspruch ist daher dem Grunde nach gerechtfertigt. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 27. März 1907. E. w. Z. 7 O. 20/17. — e —

I. Bürgerliches Recht.

27. Kann die ärztliche Tätigkeit zu Wettbewerbszwecken eingeschränkt werden?

BGB. 138.

Durch Vertrag vom 6. Jan. 1914 stellte die Beklagte, Frau Dr. L. in D., den Kläger vom 1. Okt. 1914 ab als Abteilungsarzt für die chirurgische Abteilung an der ihr gehörigen Heilanstalt unter Vorbehalt eines beiden Teilen zustehenden halbjährigen Kündigungsrechts an. In dem Vertrage verpflichtete sich der Kläger, nach Aufhebung des Vertrags, einerlei aus welchen Gründen und von welcher Seite diese erfolgen möge, auf die Dauer von drei Jahren in D. selbst und in den Vororten D.s keinerlei Konkurrenzpraxis, weder selbständig noch als angestellter Arzt, bei Meidung einer Vertragsstrafe von 10000 M zu betreiben; diese Bestimmung sollte aber hinfällig sein, wenn die Heilanstalt ihren Charakter aufgeben oder geschlossen werden sollte. Nachdem am 22. März 1915 die Beklagte dem Kläger zum 22. September 1915 gekündigt hatte, klagte der Kläger auf Feststellung der Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots. — In den ersten Instanzen wurde die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht erkannte nach dem Klagantrage. Aus den Gründen:

„In dem Urteile v. 11. Juni 1907 (III. 21/07, RGEntsch. 66, 143) hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß für Ärzte und Rechtsanwälte ein vertragmäßiges Wettbewerbsverbot kraft ihrer Berufsstellung an sich schlechthin gegen die guten Sitten sei, und zur Begründung ausgeführt, das eigentümliche und entscheidende Gepräge beider Berufe liege darin, daß sie fundamentale allgemeine, öffentliche Zwecke, nämlich die der Gesundheitspflege und der Rechtspflege, auf Grund staatsseitig geforderter und gewährleisteter wissenschaftlicher Vorbildung unter besonderer Verantwortung zu erfüllen haben; sie seien Träger geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls und deshalb seien Wettbewerbsabkommen zwischen Ärzten wie zwischen Rechtsanwälten in besonderem Maße anstößig; es zieme nach allgemeiner Anschauung den Vertretern dieser wissenschaftlichen, staatlich geordneten, den wichtigsten Gemeininteressen dienenden Berufe nicht, der Berufsausübung irgendeine Beschränkung (nach Ort, nach Zeit oder gegenständlich) aufzuerlegen oder auferlegen zu lassen; diese Berufe müßten frei sein kraft der ihnen innewohnenden sittlichen Würde im öffentlichen Interesse; es verletze das öffentliche Interesse un-

By

mittelbar, wenn für die Ausübung dieser Berufe private Monopole irgendwelcher Art geschaffen und diese der Allgemeinheit gewidmeten Funktionen in privatem Interesse und zu privatem Nutzen irgend gehemmt und gebunden würden.

Auf Grund dieser Ausführungen, die mit der grundsätzlichen Auffassung des erkennenden Senats in späteren, die Stellung der Ärzte bereffenden Entscheidungen im Einklange stehen (z. B. Entsch. 68, 186; JW. 1915, 696 = Warneyer 8. Jahrg. S. 241 Nr. 162) und deren Richtigkeit der 7. Zivilsenat in seinem Urteil v. 15. Okt. 1912 (Entsch. 80, 223) nicht etwa bekämpft, sondern nur dahingestellt sein läßt, ist auch in dem vorliegenden Falle die Rechtsgültigkeit des Wettbewerbsabkommens auf Grund des § 138 BGB. zu verneinen. Die Gründe, aus denen das Landgericht und das Oberlandesgericht die Anwendbarkeit jener Ausführungen auf den gegebenen Fall verneint haben, sind nicht zu billigen.

Da die sittliche Würde und die öffentlichrechtliche Bedeutung des ärztlichen Berufs, das öffentliche Interesse an einer guten Gesundheitspflege die freie, ungebundene Ausübung dieses Berufs fordern, ist die Auferlegung einer Beschränkung der Berufsausübung mit den guten Sitten nicht nur dann unvereinbar, wenn sie durch einen Vertrag zwischen zwei gleichgestellten Ärzten erfolgt, sondern auch wenn sich ein Arzt einer nicht ärztlich vorgebildeten Inhaberin einer gewerblich betriebenen Privatkrankenanstalt zur Unterlassung des Wettbewerbs verpflichtet. Nicht die Stellung desjenigen, zu dessen Gunsten das Wettbewerbsverbot vereinbart ist, entscheidet, sondern die des Verpflichteten; ist dieser ein Arzt, so verstößt die Beschränkung gegen die guten Sitten, auch wenn damit ein gewerbliches Unternehmen gegen den Wettbewerb geschützt werden soll. Ob die Sittenwidrigkeit zu verneinen ist, wenn der Arzt sich lediglich verpflichtet, einen gewerblichen Anstaltsbetrieb zu unterlassen, bedarf hier keiner Entscheidung; denn dem Kläger ist, wie die Revision mit Recht hervorhebt, in dem Vertrage die Verpflichtung auferlegt, keinerlei Konkurrenzpraxis, weder selbständig noch als angestellter Arzt, zu betreiben, sich also jeder ärztlichen Berufsausübung in D. und dessen Vororten zu enthalten.

Mit der Entscheidung vom 11. Juni 1907 ist weiter auch die Erwägung unvereinbar, daß ein Wettbewerbsabkommen im Interesse des Unternehmers einer gewerblichen Anstalt unentbehrlich und nicht sittenwidrig sei, daß es vielmehr umgekehrt sittenwidrig erscheinen würde, wenn ein an einer solchen Anstalt angestellter Arzt, nachdem er jahrelang die Vorteile einer gesicherten Stellung genossen und sich die Kenntnis des Patientenkreises verschafft habe, unter Ausnutzung der geschaffenen Beziehungen und der durch seine Anstaltstätigkeit erlangten Kenntnisse seinen bisherigen Dienstherrn durch ungehinderte Ausübung der ärztlichen Tätigkeit an demselben Orte schädigen könnte. Wäre diese Erwägung ausschlaggebend, so hätte sie auch in dem damals entschiedenen Falle zur Verneinung der Sittenwidrigkeit führen müssen, denn es handelte

sich auch dort um einen Vertrag, durch den ein Arzt von einem anderen als Assistent gegen ein festes Gehalt auf Jahre angestellt war. Gegenüber dem oben erwähnten Grundsatze, daß das öffentliche Interesse an einer guten Gesundheitspflege die Beschränkung der ärztlichen Berufsausübung verbiete, fällt sie nicht ins Gewicht.

Endlich schlägt auch die Ausführung der Vorinstanzen nicht durch, der hier vertretene Standpunkt müsse dahin führen, daß dem Arzte auch während seiner Anstellung an der Krankenanstalt keine Schranke hinsichtlich seiner Berufsausübung auferlegt werden dürfe. Daß einem angestellten Arzte während der Dauer seiner Anstellung die Ausübung jeder Berufstätigkeit außerhalb des Anstellungsverhältnisses verboten wird, hat regelmäßig seinen Grund darin, daß er seine ganze Arbeitskraft dem Interesse seines Dienstherrn zu widmen hat, und verstößt insoweit nicht gegen die sittliche Würde und die öffentlichrechtliche Bedeutung des ärztlichen Berufs. Ob etwas andres anzunehmen ist, wenn ausnahmsweise durch ein solches Verbot einem nicht voll beschäftigten Arzte nur der Wettbewerb untersagt werden soll, bedarf zurzeit keiner Entscheidung.

Demnach ist dem Feststellungsantrage des Klägers zu entsprechen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 16. März 1917. Sch. (Kl.) w. L. III. 395/16. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 10 S. 35.

---

28. Nach der Abnahme* hat der Besteller die Vergütung für das Werk zu leisten, trotz noch vorhandener geringer Mängel.**

*Vgl. 63 Nr. 156 m. N.; 65 Nr. 184. — **Vgl. 59 Nr. 77; 63 Nr. 223; 65 Nr. 137 m. N.
BGB. §§ 640 641. 320.

Kläger hatte auf Bezahlung einer gelieferten Blocksäge geklagt. Nach Erledigung der Hauptsache hatte das Landgericht die gesamten Kosten dem Kläger aufgelegt, weil er zu früh geklagt habe. Auf sofortige Beschwerde wurde dieses Urteil aufgehoben und wurden die Kosten gegeneinander aufgehoben. Aus den Gründen:

„Dem Landgericht kann nicht darin beigetreten werden, daß die vom Kläger gelieferte Blocksäge nicht abgenommen sei. Unter Abnahme versteht das Landgericht zutreffend die Annahme als Erfüllung (vgl. RGEntsch. 57, 338/9, in SeuffA. 60 Nr. 165). Da nach der Beweisaufnahme die Säge wiederholt, und zwar mehrere Wochen lang, zu Geschäftszwecken des Beklagten benutzt worden ist, so kann diese Benutzung nicht lediglich als Probebenutzung unter Aufschub der Abnahme angesehen werden; vielmehr lag in der Annahme und Benutzung des Werkes dessen Abnahme. Das Recht des Beklagten, Mängel der Säge zu rügen und deren Beseitigung zu verlangen, wurde dadurch nicht beseitigt, sondern nur für den Fall der Kenntnis von Mängeln bei vorbehaltloser Abnahme eingeschränkt (§ 640 Abs. 2) und im übrigen die Beweislast dafür, daß die Leistung dem Vertrage entspreche, umgekehrt.

Hieraus folgt aber nicht ohne weiteres, daß der Beklagte gemäß § 641 das Werk bei der Abnahme sogleich hätte bezahlen müssen und daher die Prozeßkosten zu tragen hätte. Die Auffassung des Landgerichts von der Tragweite des § 641 erscheint nicht ganz zutreffend. Es wird bei dieser Vorschrift davon ausgegangen, daß die Leistung vertragmäßig ist, und für diesen Fall, entsprechend dem § 452 für den Kauf, der Zeitpunkt der Zahlung der Vergütung und des Beginns der Verzinsung festgesetzt. Für den Fall der Mangelhaftigkeit des Werks und für das Recht, deswegen die Vergütung ganz oder teilweise zurückzuhalten, ist aus § 641 nichts zu entnehmen; es kommt dafür der Grundsatz des § 320 zur Anwendung.

Für die Entscheidung in solchen Fragen sind die Verkehrsüblichkeit und die Umstände des Einzelfalls maßgebend. Bei Werken kleineren Umfangs und Wertes z. B. bei Kleidungsstücken u. dgl. wird man es als verkehrsüblich bezeichnen dürfen, daß der Werklohn nicht eher entrichtet wird, als bis das Werk mangelfrei fertiggestellt worden ist. Auf der andern Seite kann es bei Werken großen Umfangs, wie bei Bauwerken, nicht zweifelhaft sein, daß die Zahlung der ganzen Bausumme nicht verweigert werden darf, wenn nach der Abnahme noch kleine Mängel abzustellen sind. Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein Werk von nicht unbedeutendem Werte; die Mängel waren — — — nicht sehr erheblich, wenigstens konnte ihre Beseitigung nicht sehr große Kosten verursachen. In solchen Fällen erscheint es nicht billig und entspricht nicht der Verkehrsauffassung, den ganzen Werklohn zurückzuhalten; es darf nur ein Teil wegen der Mängel zurückbehalten werden. Freilich braucht sich der Schuldner des Lohnes bei der Bemessung nicht eng an die etwaigen Kosten der Beseitigung durch Dritte zu halten, er kann einen reichlichen Betrag zurückhalten.

Danach wäre es gerechtfertigt gewesen, wenn der Beklagte von dem Preis der Säge ohne Zubehör, der 660 ℳ betrug, der Mängel wegen die Hälfte mit 330 ℳ zurückbehalten hätte. Dies ergibt, daß die Klage, soweit die streitigen 660 ℳ in Frage kommen, zur Hälfte begründet, zur Hälfte unbegründet war. — — —"

Beschluß des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 22. Sept. 1916. St. (Kl.) w. P. — Bs. Z V. 60/16. Nö.

---

29. Bloße Sicherheitsleistungen in Warengeschäften sind nicht Leistungen auf Grund des Geschäftes.

Vgl. 67 Nr. 115. 176 S. 316/7.

BGB. § 764; BörsG. § 55 (RGBl. 1908, 215).

Die Beklagte hatte am 6. und 20. Juni 1912 je 50 Tonnen Kupfer, und zwar die ersten mit Lieferungstermin Januar 1913, die letzten mit Lieferungstermin Oktober 1912, auf Grund der in der Schlußnote enthaltenen Bedingungen an den Kläger verkauft. Kläger zahlte am 26. Juni 1912 1500 ℳ, am 3. Juli 1912 1000 ℳ und am 10. Juli 1912 1500 ℳ auf diese Verträge an

die Beklagte; er bezeichnet diese Einzahlungen als Sicherheitsleistungen. Als die Beklagte im Oktober 1912 mit Rücksicht auf den Rückgang der Kupferpreise weitere Einschüsse forderte, lehnte der Kläger diese weiteren Zahlungen ab, die Beklagte stellte daraufhin die Engagements des Klägers glatt und klagte den Rest gegen ihn ein. Damit wurde sie zuletzt vom Reichsgericht abgewiesen, weil es sich um reine Spielgeschäfte handle, gegen die der Einwand aus §§ 764. 762 BGB. begründet sei. Der Kläger forderte darauf in einem neuen Rechtsstreit von der Beklagten die Rückzahlung der von ihm eingezahlten 4000 *M* nebst Zinsen. — Dieser Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Urteils:

„Im Vorprozeß ist unter Billigung des Reichsgerichts entschieden worden, daß die streitigen Geschäfte der Parteien v. 6. und 20. Juni 1912 als reine Kursunterschiedsgeschäfte auf Grund der §§ 764. 762 BGB. ungültig und klaglos seien und daß der Spieleinwand auch nicht auf Grund der §§ 58. 50 und 53 BörsG. ausgeschlossen sei. Dem ist beizutreten. Daher ist auch für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits davon auszugehen, daß die Geschäfte der Parteien v. 6. und 20. Juni 1912 unerlaubte Börsengeschäfte sind. Es fragt sich dann weiter, ob die vom Kläger am 26. Juni, 3. Juli und 10. Juli 1912 gemachten Zahlungen von 1500, 1000 und 1500 *M*, wie die Beklagte geltend macht, „Leistungen auf Grund des Geschäfts" seien, welche gemäß § 55 BörsG. nicht aus dem Gesichtspunkte zurückgefordert werden könnten, daß für den Leistenden nach den §§ 52—54 BörsG. eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe. — — — Die Beklagte meint, die Zahlungen des Klägers seien Vorschüsse auf die bei der endgültigen Abrechnung der Geschäfte zu erwartenden Verluste und daher als „Leistungen auf Grund des Geschäfts" zu bezeichnen. Diese Begründung trifft nicht zu. Die abseiten der Beklagten eingeforderten Einschüsse (Margen) stellen sich vielmehr als Sicherheitsleistungen dar, wie sie auf Grund der für Börsengeschäfte der vorliegenden Art meist vereinbarten Geschäftsverbindungen in Fällen von Kursrückgängen zur Deckung des zu erwartenden Verlustes des Kunden durch den Verkäufer eingefordert zu werden pflegen. Es kommt allerdings auch vor, daß vor Abrechnung eines Geschäfts Abschlagszahlungen abseiten des Kunden an den Verkäufer (Bankier) gezahlt werden, welche als vorweggenommene Teilerfüllungen auf einen zu erwartenden Verlust gewollt sind und daher nicht zurückgefordert werden können. Diese werden in der Regel aber nur dann gezahlt werden, wenn der Umfang des Verlustes annähernd feststeht oder voraussehbar ist. Mangels besonderer Vereinbarung besteht aber die Vermutung dafür, daß Einschüsse (Margen) zur Deckung des Bankiers bei Kursrückgängen, mithin als Sicherheiten gezahlt werden. Der von der Beklagten vorgelegte, auf den Streitfall bezügliche Briefwechsel der Parteien bietet keinerlei Anhalt dafür, daß die Zahlungen des Klägers nicht als Sicherheitsleistungen, sondern als vorweggenommene Erfüllungszahlungen auf künftige Differenzen aufgefaßt werden könnten. Handelt es sich hier aber um bloße Sicherheitsleistungen,

so trifft der § 55 BörsG. nicht zu und können die Leistungen, da es sich hier auch nicht um Geschäfte in Wertpapieren handelt (§ 54 BörsG.), zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit, für welche die Sicherheitsleistungen haften, nicht besteht. (Staub Exk. zu § 376 HGB. Anm. 52.)

Aus den angegebenen Gründen ergibt sich, daß der Klaganspruch auf Rückgewährung der vom Kläger am 26. Juni, 3. und 10. Juli 1912 geleisteten Einschußzahlungen begründet ist."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 6. Juli 1916. L. F. w. L. S. Bf. VI. 42/16. Nö.

---

30. Der Benutzer eines angrenzenden Kellers haftet für den gefahrlosen Zustand der öffentlichen Straße. — Feststellungsinteresse* bezüglich zukünftigen Schadens.**

*Vgl. 59 Nr. 204 m. N.; 68 Nr. 211. —**Vgl. 41 Nr. 2 m. N.; 44 Nr. 140.
BGB. § 823; StGB. § 367[12]. — ZPO. § 256.

Der Unfall hat sich auf folgende Weise zugetragen. Die mit ihren zwei Kindern vom Jungfernstieg herkommende Klägerin trat, während die beiden eisernen Klapptüren im Bürgersteig noch geschlossen waren, an das Schaufenster der Beklagten heran, um einen gerade über der Öffnung am Schaufenster angebrachten Speisezettel zu lesen. Am Kantstein des Bürgersteigs hielt der Eiswagen der Nebenintervenientin, von dem Eis in den Keller der Beklagten gebracht werden sollte. In dem Augenblick, als die Klägerin die ihr zunächst gelegene Hälfte der Tür betrat, öffnete der im Schacht unter der Tür stehende Hausknecht F. die andre Hälfte und die Klägerin trat mit dem nächsten Schritt in die so entstandene Öffnung. Sie kam zu Fall, wurde zwar von F. aufgefangen, erlitt jedoch Beschädigungen ihres Körpers und ihrer Kleidung. Der Eiswagenkutscher V. war im Augenblick des Unfalls damit beschäftigt, seinen Wagen zum Abladen des Eises vorzubereiten, während sein Begleiter, ein junger Mensch von etwa 16 Jahren, mit F. in den Keller gegegangen war, um hier das nach Behauptung der Beklagten frei Eiskeller zu liefernde Stangeneis in Empfang zu nehmen.

Daß bei diesem Hergange kein eigenes Verschulden der Klägerin zu dem Unfall mitgewirkt hat, sollte kaum ausgeführt zu werden brauchen. Es versteht sich von selbst, daß man auf dem Bürgersteig, zumal dem einer ersten Geschäftsstraße, muß gehen und an ein Schaufenster herantreten dürfen ohne befürchten zu müssen, in eine sich plötzlich unmittelbar vor den Füßen auftuende Öffnung zu fallen. Deshalb gereicht es der Klägerin nicht zum Verschulden, wenn sie im Augenblick des Herantretens nicht auf den Boden vor ihren Füßen, sondern nach dem von der Beklagten ausgehängten Speisezettel geblickt hat. Ebensowenig würde es schuldhaft sein, wenn sie nach der andern Straßenseite gesehen haben sollte.

Es liegt ferner auf der Hand, daß ein Unfall wie der fragliche nicht ohne grobe Unachtsamkeit derjenigen Persönlichkeiten eingetreten sein kann, denen die zur Vermeidung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen obliegen. In dieser Beziehung kommt in erster Linie die Beklagte in Betracht, die den Keller mit seiner für die Straßenbesucher gefährlichen Einrichtung zu ihrem Betriebe benutzte. Sie hatte deshalb die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um die Vorübergehenden und die von ihr selbst durch den Speisezettel zum Herantreten an das Schaufenster Angelockten vor der mit der Einrichtung des Eisschachts verbundenen Gefahr zu schützen. Die Beklagte ist eine Gesellschaft m. b. H., i. S. des Bürgerl. Gesetzbuchs ein Verein, der nach § 31 BGB. für den Schaden haftet, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein andrer verfassungmäßig berufener Vertreter in Ausübung der zustehenden Verrichtungen Anderen durch eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung zufügt. Die bisherigen Feststellungen ergeben, ohne daß auf die weiteren Beweisantretungen eingegangen zu werden braucht, daß der Vorstand oder die sonstigen berufenen Vertreter der Beklagten es an der durch den Verkehr erforderlichen Sorgfalt in der Verwahrung des fraglichen Eisschachtes, einer Öffnung auf öffentlicher Straße i. S. des § 367[12] StGB., haben fehlen lassen. Die Beklagte haftet der Klägerin deshalb sowohl nach Abs. 1, wie nach Abs. 2 des § 823 BGB. — — —

Hiernach hat das Landgericht die Beklagte mit Recht als für den Schaden der Klägerin haftbar angesehen. Die Entscheidung entspricht jedoch nicht völlig dem, was das Landgericht auszusprechen beabsichtigt hat. Die Klägerin hat neben dem Antrage auf Zahlung gewisser Geldbeträge zur Ausgleichung ihres bereits entstandenen Vermögensschadens und des Nichtvermögensschadens beantragt, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr den aus diesem Unfall entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen. Dieser Anspruch, über den das Landgericht dem Zusammenhang seiner Gründe nach gleichfalls zugunsten der Klägerin hat erkennen wollen, kann seinem Inhalt nach nicht in die Fragen des Grundes und des Betrages zerlegt werden. Er ist im übrigen, soweit er sich auf den noch entstehenden Schaden richtet, begründet, ohne daß festgestellt zu werden braucht, ob die Klägerin augenblicklich noch unter den Folgen des Unfalls leidet; denn die Erfahrung zeigt, daß bei derartigen Unfällen sich häufig später noch Folgen zeigen, deren Auftreten zur Zeit der klagweisen Geltendmachung bereits entstandener Schäden noch nicht zu übersehen ist. Weil ohne Feststellung der Ersatzpflicht des Schuldigen die Verjährung des Anspruchs auf Ausgleichung solcher noch nicht erkennbarer Schadensfolgen zu besorgen sein würde, muß ein rechtliches Interesse des durch den Unfall Betroffenen an der Feststellung der Schadenersatzpflicht des Schuldigen auch für zukünftigen Schaden als vorhanden anerkannt werden. Dagegen fehlt es auf seiten der Klägerin an dem Feststellungsinteresse bezüglich schon entstandenen Schadens noch über den ziffermäßig eingeklagten Schaden hinaus.

Insoweit ist ihr Antrag, zu dessen Begründung in dieser Beziehung nichts vorgebracht ist, abzuweisen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen. v. 14. Febr. 1916, P. w. R.-Aut.-Ges. Bf. I. 275/15. Nö.

---

31. Der Ehemann im gesetzlichen Güterstande kann auch den Anspruch der Frau auf Schmerzengeld in eigenem Namen einklagen.

BGB. §§ 1380. 1363. 847.

Die Frau des Klägers war auf der schadhaften Treppe, die auf den zu ihrer Mietwohnung im Hause des Beklagten gehörigen Bodenraum führte, zu Fall gekommen und verletzt worden. Für die Folgen des Unfalls machte der Kläger den Beklagten verantwortlich, weil er den gefährlichen Zugang zur Treppe und ihre Geländerlosigkeit schuldhaft geduldet und nicht rechtzeitig beseitigt habe. Mit der Klage verlangte er u. a. ein seiner Ehefrau gebührendes Schmerzengeld von 3000 M. — In 2. Instanz wurde der Anspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Der Kläger kann den ihm aus dem Unfall seiner Ehefrau erwachsenen Schaden sowohl aus der Verletzung seines sich auf auch auf seine Angehörigen erstreckenden Mietrechts (vgl. RGEntsch. 81, 214 ff.) als auch aus § 845 BGB., den der Verunglückten selbst aber nach § 1380 BGB. in eigenem Namen geltend machen. Diese letztere Befugnis bezieht sich auch auf den Schmerzengeldanspruch seiner Ehefrau. Er hat zwar nicht den Ersatz eines Vermögensschadens zum Gegenstande, ist aber, weil die Entschädigung in Geld zu leisten ist, ein vermögensrechtlicher Anspruch. Da er in den § 1366—1370 BGB., welche die Bestandteile des Vorbehaltsgutes erschöpfend aufzählen, nicht mitaufgeführt ist, gehört er notwendigerweise zum eingebrachten Vermögen der Ehefrau (§§ 1363. 1365). Gegen diese Eigenschaft und gegen die Anwendung des § 1380 läßt sich auch aus der Vorschrift des 2. Satzes des § 847 Abs. 1 nichts herleiten. Danach darf der vertraglich nicht anerkannte und noch nicht rechtshängige Anspruch auf Schmerzengeld nicht übertragen und daher auch nicht mit einem Nießbrauch belastet werden (§ 1069 Abs. 2). Aber die Nutznießungsbefugnis des Ehemannes ist rechtlich kein Nießbrauch. Sie hat nur ähnliche Rechtswirkung wie dieser. Der Ehemann erwirbt die Früchte des eingebrachten Frauengutes wie ein Nießbraucher (§ 1383). Die Nutznießung ist keine Dienstbarkeit i. S. des 5. Abschn. des 3. Buchs des BGB., sondern hat ihre Wurzel lediglich in dem Wesen der Ehe, in den gegenseitigen nahen Beziehungen der Ehegatten zueinander und bildet eine entsprechende Ausgleichung der Pflicht des Ehemannes zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes (§ 1389).

Freilich verlangt der Kläger Zahlung nicht an die Verletzte, sondern an sich selbst. Aber auch dagegen sind Bedenken nicht zu erheben, da seine nach dem

Tatbestande des landgerichtlichen Urteils vorgetragene Behauptung, seine Ehefrau sei mit der Einklagung und Vereinnahmung ihrer Schmerzengeldforderung durch ihn einverstanden, von dem Beklagten nicht bestritten worden ist. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 20. März 1917. L. (Bkl.) w. Fuchs (OLG. Bamberg.) III. 452/16. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 15[3] S. 68.

---

32. Zerrüttung der Ehe durch fortwährendes Vorhalten eines Ehebruchs.

Vgl. 25 Nr. 32.

BGB. § 1568.

Das Berufungsgericht erblickt eine schwere, das Scheidungsverlangen der Klägerin rechtfertigende Eheverfehlung des Beklagten darin, daß er seit fünf Jahren der Klägerin ohne hinreichenden tatsächlichen Anhalt fortgesetzt den Vorwurf des Ehebruchs gemacht habe, indem es zugleich aus der häufigen Wiederholung dieses Vorwurfs die Absicht des Beklagten entnimmt, die Klägerin zu demütigen. Diese Feststellung reicht aus, um die Annahme einer schweren Eheverfehlung i. S. des § 1568 BGB. zu rechtfertigen. Mit Recht führt der Ber.-Richter aus, daß der scheidungsberechtigte Ehegatte, wenn er von seinem Scheidungsrechte keinen Gebrauch machen will, dem schuldigen Gatten nicht fortgesetzt seine Verfehlung vorhalten darf. Das Reichsgericht hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß der Gatte, der sich entschließt, sich über einen Ehebruch des anderen Teils hinwegzusetzen und die eheliche Gemeinschaft aufrechtzuerhalten, damit die Verpflichtung überkommt, sein Verhalten so zu gestalten, daß ein erträgliches Zusammenleben der Ehegatten stattfinden kann (JW. 1906, 389[15]). Das wird aber unmöglich gemacht, wenn sich der schuldige Gatte seinen Fehltritt fortwährend vorhalten lassen muß. Derartige, wie hier jahrelang fortgesetzte Vorwürfe sind für den schuldigen Ehegatten unerträglich und daher geeignet, für ihn einen Scheidungsanspruch zu begründen. Ist aber ein derartiges Verhalten mit den Ehepflichten selbst dann nicht vereinbar, wenn ein erwiesener Ehebruch des anderen Teils vorliegt, so vermag es ein bloßer Verdacht der ehelichen Untreue noch weniger zu entschuldigen. Der Vorwurf, das in der Ehe geborene Kind sei von der Frau im Ehebruch erzeugt, ist für die Frau derart schwer und kränkend, daß er auf Grund eines bloßen Verdachtes nur beim Vorliegen gewichtiger tatsächlicher Anhaltspunkte ausgesprochen werden darf. Der Beklagte hält sich, wie das Ber.-Gericht annimmt, von der Richtigkeit der der Klägerin gemachten Vorwürfe fest und unerschütterlich überzeugt. Dieser Umstand würde die Annahme einer schweren Eheverfehlung ausschließen können, wenn der Beklagte seiner Überzeugung trotz des Mangels von einer objektiven Prüfung standhaltenden tatsächlichen Unterlagen nur im Prozeß oder bei sonstigen Anlässen zur Wahrung seiner Rechte Ausdruck gegeben hätte. Entschloß sich aber der Beklagte zur Fortsetzung der Ehe mit der

Klägerin, weil er sich über deren nach seiner Überzeugung vorgefallenen Fehltritt hinwegsetzen wollte oder ihn nicht hinreichend beweisen zu können glaubte, so durfte er der Klägerin darüber nicht fortgesetzt Vorhaltungen machen, um sie, wie der Ber.-Richter feststellt, zu demütigen. Dieses Verhalten verstieß gegen die Ehepflichten und konnte bei jahrelanger Fortsetzung ohne Rechtsirrtum als eine schwere Eheverfehlung angesehen werden. — — —

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 22. Febr. 1917. H. w. H. (OLG. Posen). IV. 379/16.

---

33. Eintritt als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns; Haftung für bestehende Geschäftsverbindlichkeiten auch ohne Eintragung.

Vgl. 40 Nr. 129 m. N.

HGB. §§ 28. 123.

Die Klägerin hatte im Jahre 1914 Waren an das von dem Kaufmann R. E. betriebene Park-Kaffehaus in W. geliefert. E. war nicht in das Handelsregister eingetragen. Er blieb der Klägerin aus den Lieferungen den Betrag von 2188,06 *M* nebst Zinsen schuldig. Am 6. Juni 1916 schlossen die verklagten Eheleute Fr. mit E. und dessen Ehefrau einen Gesellschaftsvertrag, inhalts dessen das Kaffeehaus von nun an von den vier Personen gemeinsam betrieben werden sollte. Eine Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgte nicht. Am 19. Juni desselben Jahres fochten die Beklagten den Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Der hierüber entstandene Rechtsstreit wurde durch einen Vergleich erledigt, demzufolge die Beklagten aus der Gesellschaft ausschieden. Die Klägerin forderte nun von den Beklagten die Begleichung ihrer Forderung mit der Begründung, daß die Beklagten als persönlich haftende Gesellschafter in das Geschäft des E. eingetreten seien, und daß den Gläubigern gegenüber die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft und damit die Haftung der Beklagten als gegeben anzunehmen sei, weil die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen habe. — Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrage; die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Die Klage ist auf die §§ 28. 123 HGB. gestützt. Die Voraussetzungen des § 28 sind erfüllt, denn die Beklagten sind durch den Vertrag v. 6. Juni 1916 als persönlich haftende Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eingetreten. E. war durch den Betrieb des Kaffeehauses auch ohne Eintragung Vollkaufmann i. S. des § 1 HGB. Die Wirksamkeit der off. Handelsgesellschaft und damit die Haftung der neu eingetretenen Gesellschafter tritt nach § 123 Abs. 1 HGB. mit dem Zeitpunkt ein, in dem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird. Beginnt aber die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginns ein. Dabei macht es für die Wirksamkeit

der off. Handelsgesellschaft Dritten gegenüber keinen Unterschied, ob der der Eintragung zugrunde liegende Gesellschaftsvertrag gültig ist oder nicht. Durch die Eintragung wird den Gläubigern gegenüber eine selbständige Verpflichtung begründet (RGEntsch. 51, 39; 76, 441 und 89, 98) und zwar bezieht sich diese Verpflichtung gleichmäßig auf die bereits entstandenen und die noch entstehenden Schulden. Der von Düringer-Hachenburg in Anm. 4 zu § 28 gemachte Unterschied zwischen den vor und den nach Beginn der neuen Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten findet im Gesetze keine Stütze, da dieses schlechthin von ‚entstandenen' und nicht von erst ‚entstehenden' Verbindlichkeiten des früheren Einzelkaufmanns spricht (RGEntsch. 76, 439). Eine derartige Trennung würde in der Praxis auch zu Schwierigkeiten und Verwicklungen führen.

Die Eintragung in das Handelsregister hat in vorliegendem Fall nicht stattgefunden, jedoch hat die Gesellschaft tatsächlich ihre Geschäfte begonnen. Zur Annahme eines tatsächlichen Geschäftsbeginns ist nicht erforderlich, daß sämtliche Gesellschafter handeln, vielmehr genügt die im Einverständnis mit den übrigen vorgenommene Tätigkeit eines einzelnen, wenn dieser nur die Absicht hatte, in Vertretung der Gesellschaft tätig zu werden. In vorliegendem Fall ist dies sowohl bezüglich E.s als auch bezüglich des verklagten Ehemanns Fr. durch die Beweisaufnahme klargelegt. — — —

Der tatsächliche Geschäftsbeginn ist aber in seiner Wirksamkeit nach § 123 Abs. 2 der Eintragung in das Handelsregister gleichzustellen. Beiden Tatbeständen ist gemeinsam, daß sie die Haftung der neuen Gesellschafter unabhängig von der Gültigkeit des Gesellschaftsvertrags begründen. Für beide hat dessen Gültigkeit lediglich die Bedeutung eines Beweggrundes, der Dritten gegenüber nicht erheblich ist. Für Dritte ist nur der nach außen kundgegebene Wille entscheidend, sei es, daß dieser durch den tatsächlichen Beginn der Geschäfte, sei es, daß er durch die Eintragung in das Handelsregister geltend gemacht wird. Im Rechtsverkehr wird das Auftreten als Kaufmann ebensosehr, wenn nicht in noch höherem Grade, in dem Betreiben eines gemeinschaftlichen Handelsgewerbes wie in der Eintragung eines solchen gefunden (so Staub Anm. 16 zu § 123). Die Rechtsnormen, betreffend das Verhältnis zu Dritten, finden jedenfalls mit dem Beginn des Geschäftsbetriebes, spätestens mit der Eintragung Anwendung (RGEntsch. 34, 55). Mit dem Eintritt der einen oder der anderen Tatsache ist die rechtliche Wirksamkeit der off. Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten begründet (ObersteLG. für Bayern in SeuffA. 40, 191). Danach haften die Beklagten für die Forderung der Klägerin ebenso, als wenn die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden wäre.

Bei dieser Sachlage bedarf es nicht der Prüfung, ob die Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrages von den Beklagten auch deshalb nicht geltend gemacht werden könne, weil ihnen der § 123 Abs. 2 BGB. entgegensteht und sie

nicht behauptet haben, daß die Klägerin von der Täuschung gewußt habe (RGEntsch. 76, 441; LeipzZ. 1909, 859). — — —"

Urteil des OLG. zu Frankfurt a/M. (3. Sen.) v. 18. Okt. 1917. Fr (Bkl.) w. H. — 3 U. 95/17. Cr.

---

34. Bezirksagent; Tragweite seines Provisionsanspruchs für Abschlüsse durch den Geschäftsherrn selbst.

HGB. § 89.

Auf Grund eines Schriftwechsels vom 30. Mai 1912 kam zwischen den Parteien ein in der Folge in Vollzug gesetzter Vertrag zustande, kraft dessen der Kläger von der Beklagten als deren Handlungsagent und zwar als Leiter der „Abteilung Königsberg" bestellt worden ist. Der Kläger fordert Buchauszug auf Grund des § 91 Satz 2 HGB. und zukünftige Zahlung eines Teils der sich nach dem Buchauszug bei einer bestimmten Berechnung ergebenden Provisionsforderung.

Das Landgericht hat abgewiesen, weil der Kläger nicht zum Bezirksagenten bestellt sei. Die Berufung ist zurückgewiesen mit der Begründung, es könne dahinstehen, ob der Kläger ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt gewesen sei. Denn vorliegend sei in Abweichung von der dispositiven Vorschrift des § 89 HGB. vereinbart, daß die Provision für Vertragsangebote von seiten der Beklagten und für Aufträge an die Beklagte vom Kläger nur dann verdient werde, wenn die Angebote oder Aufträge auf Grund bestimmter Bemühungen des Klägers zustandekommen; nur in betreff ohne seine Bemühungen zustandegekommener Aufträge verlange Kläger einen Buchauszug, der Anspruch sei also nicht gerechtfertigt.

Die Auffassung des Ber.-Richters ist rechtsirrig.

— — — Es liegen unzweideutige Willenserklärungen beider Teile vor dahin, daß die Provinz Ostpreußen das alleinige Arbeitsfeld des Klägers sein sollte. War aber der Kläger Bezirksagent i. S. des § 89 HGB. für Ostpreußen, so wird der Klaganspruch durch § 91 Satz 2 ohne weiteres begründet.

Die den Provisionsanspruch auslösende Mitwirkung des Handlungsagenten kann je nach dem einzelnen Vertrage eine verschiedene sein; sie kann im Abschluß oder in der Vermittelung bestehen, sie kann auch, wie dies der Ber.-Richter hier annimmt, in einer Tätigkeit des Agenten bestehen, die nicht einmal eine Vermittelung im eigentlichen Sinne darstellt, nämlich in Informationen des Klägers an die Beklagte, auf Grund deren die Beklagte die in engeren Submissionen erlangten Anfragen zu Offerten herausarbeitet und so zu perfekten Aufträgen gelangt. Eine solche Vereinbarung über die für den Provisionsanspruch entscheidende Mitwirkungsart und Mitwirkungsform ist aber etwas völlig andres als die durch § 89 offengelassene Abmachung, daß der Bezirksagent für direkte Geschäfte des Geschäftsherrn in seinem Bezirk keine

Provision zu beanspruchen habe. Jene Vereinbarung hat mit dem örtlichen Recht des Bezirksagenten nichts zu tun und steht auf völlig gleicher Linie mit Vereinbarungen, daß der Agent, um seine Provision zu verdienen, in bestimmter Weise zu vermitteln oder in bestimmter Weise abzuschließen habe. Daß durch Vereinbarungen letztgedachter Art die eine eigene provisionsfreie Tätigkeit des Geschäftsherrn für den bestimmten Bezirk im Zweifel ausschließende Vorschrift des § 89 nicht berührt wird, liegt auf der Hand; ebensowenig ist dies der Fall bei der durch den hier strittigen Vertrag nach der Auffassung des Ber.-Richters vorgeschriebenen Mitwirkungsart.

Aus der Auffassung des Ber.-Richters würde sich auch ergeben, daß die Beklagte, nachdem sie durch die Anregung und Tätigkeit des Klägers in das ostpreußische Geschäft hineingekommen war, jeden Provisionsanspruch des Klägers schlechtweg vereiteln könnte, indem sie für die ihr mit oder ohne Wissen des Klägers zugegangenen Anfragen dessen Informationen nicht einholte oder ablehnte oder nicht zur Bearbeitung der Anfragen benutzte. Daß dies die Vertragsabsicht beider Teile nicht gewesen sein kann, weder die des Klägers noch nach Treu und Glauben die der Beklagten, versteht sich von selbst.

Das Ber.-Urteil ist hiernach aufzuheben und zunächst dem Klagantrage, soweit er Buchauszug fordert, stattzugeben durch Teilurteil, auf welches hin das Verfahren seinen Fortgang zu nehmen hat.

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 7. Nov. 1916. H. (Kl.) w. Zem.-AktGes. (OLG. Celle). III. 215/16.

---

35. Aus einer Verletzung seiner Aufsichtspflicht haftet Dritten nur der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft.

Vgl. 47 Nr. 214; 53 Nr. 29.
HGB. § 246; BGB. §§ 31. 278.

Der Beklagte war Vorstand der in Liquidation getretenen klagenden Akt.-Gesellschaft bis ihm seine Stellung vom Aufsichtsrat am 29. Juni 1910 gekündigt wurde. Er behauptete, gegen die Klägerin Schadenersatzansprüche zu haben, weil das ihm vertragmäßig zustehende Recht auf eine seiner Stellung entsprechende rücksichtvolle Behandlung schuldhaft vom Aufsichtsrat verletzt und es ihm dadurch unmöglich gemacht worden sei, nach seinem Ausscheiden eine andre gleichwertige Stellung zu erlangen. Die Akt.-Gesellschaft klagte auf Feststellung, daß dem Beklagten die behaupteten Ansprüche nicht zuständen. Beklagter erhob Widerklage auf Entschädigung. In 1. Instanz wurde die Widerklage für erledigt erklärt und die Klage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Widerklage, um die es sich allein noch handelt, gründet sich in erster Linie darauf, daß der Aufsichtsrat der Klägerin das Recht des Beklagten auf eine seiner Stellung entsprechende, rücksichtvolle und billige Behandlung

schuldhaft verletzt habe und daß er, infolge seiner dadurch verminderten Erwerbschancen, einen Vermögensschaden erlitten habe. Diese Begründung ist an sich schlüssig; sofern die unangemessene Behandlung eines Angestellten sich als eine schuldhafte Vertragsverletzung darstellt, erwächst ihm daraus nach allgemeinen Grundsätzen ein — vertragmäßiger — Anspruch auf Schadenersatz. Die klagende Akt.-Gesellschaft ist daher für den dem Widerkläger angeblich erwachsenen Schaden haftbar, wenn der Aufsichtsrat, sofern er das Recht des Beklagten auf angemessene Behandlung verletzte, als Erfüllungsgehülfe i. S. des § 278 BGB. handelte, wenn er also, bei seiner ihm vorgeworfenen Stellungnahme gegenüber dem Beklagten, als Organ der Akt.-Gesellschaft bei Erfüllung der ihr obliegenden vertraglichen Verbindlichkeiten auftrat.

Eine Haftung der Akt.-Gesellschaft für die Handlungen des Aufsichtsrats gemäß § 31 BGB. kommt somit, da es sich um die Haftung aus einem Vertragsverhältnis handelt, nicht in Betracht (vgl. Komm. von RGRäten § 31 Anm. 3; JW. 1904, 5²), ganz abgesehen davon, daß es im vorliegenden Fall überhaupt an den Voraussetzungen einer Haftung aus unerlaubter Handlung i. S. des § 823 BGB. fehlt. Ebensowenig kommt § 826 BGB. in Betracht. — — —

Es kann sich daher lediglich fragen, ob das Handeln des Aufsichtsrats in der Generalversammlung ein Handeln in Vertretung der Gesellschaft i. S. des § 278 BGB. darstellt. Das ist mit dem Landgericht zu verneinen.

Der Aufsichtsrat hat gemäß § 246 HGB. eine Überwachungspflicht, die ihm gegenüber der Gesellschaft obliegt; indem er sie wahrnimmt, handelt er auf Grund von Pflichten, die ihn selbst, nicht die Gesellschaft treffen; wenn er diese Überwachungspflicht verletzt oder bei ihrer Wahrnehmung die Rechte Dritter verletzt, macht er sich selbst verantwortlich, nicht die Gesellschaft, die insofern von ihm garnicht vertreten wird, sich seiner nicht zur Erfüllung ihr obliegender Verbindlichkeiten bedient. Auch wenn der Aufsichtsrat daher in der Generalversammlung die Ansprüche auf angemessene Behandlung, die Beklagter nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber dem Aufsichtsrat als Kontrollorgan haben mag, verletzt haben sollte, können daraus Rechte gegen die Gesellschaft nicht hergeleitet werden.

Aber selbst wenn man sich auf diesen grundsätzlichen Standpunkt nicht stellen und annehmen wollte, daß die Gesellschaft gemäß § 278 BGB. für das Auftreten des Aufsichtsrats in der Generalversammlung verantwortlich wäre, würde man zu keinem anderen Resultat kommen" (wird näher ausgeführt). — —

Urteil des OLG zu Hamburg (4. Sen.) v. 11. Okt. 1916. Akt.-Ges. Hans. Lloyd in Liqu. w. D. Bf. IV. 361/15. Nö.

36. Eingetr. Genossenschaft, Nachschußforderung des Konk.-Verwalters; kann ein Genosse Zahlung vorschützen, wenn er die Haftsumme schon an den Liquidator bezahlt hatte?

GenG. §§ 105; KO. § 8.

Der Kläger war mit 10 Geschäftsanteilen Genosse der K., Eingetr. Genossensch. m. b. H., die in Konkurs geriet. Vor der Konk.-Eröffnung hatte die Genossenschaft liquidiert und die Liquidatoren hatten auf Grund eines Gen.-Vers.-Beschlusses von den Genossen die Haftsumme, von dem Kläger also 3000 ℳ eingezogen. Nach der am 15. Nov. 1913 erfolgten Konk.-Eröffnung hatten sie die gesamte Aktivmasse, darunter auch die vom Kläger gezahlten 3000 ℳ in denselben Geldscheinen, die er hingegeben hatte, und mit der ausdrücklichen Erklärung, daß dies die vom Kläger gezahlte Haftsumme sei, an den Konk.-Verwalter abgeliefert. Gemäß § 106 GenG. stellte der Konk.Verwalter später die Vorschußberechnung auf und nahm in sie auch den Kläger mit 3000 ℳ auf. In dem nach § 107 anberaumten Termin wendete der Kläger ein, er habe die Haftsumme bereits bezahlt. Das Amtsgericht erklärte die Berechnung für vorläufig vollstreckbar. Kläger erhob nun Klage auf Feststellung, daß dem Konk.-Verwalter gegen ihn aus dem vollstreckbaren Beschluß des Amtsgerichts ein Recht nicht zustehe. Die Klage wurde abgewiesen aus folgenden Gründen:

„Ob die vom Kläger in erster Reihe erhobene Klage die Anfechtungsklage aus § 111 GenG. und ob sie deshalb schon als zweifellos verspätet abzuweisen sei, oder ob sie eine auf § 256 ZPO. gegründete Feststellungsklage sei, und ob eine solche überhaupt angesichts der besonderen Bestimmung des § 111 GenG. erhoben werden könne, braucht nicht erörtert zu werden, da jedenfalls aus sachlichen Gründen von keinem Gesichtspunkt aus die eingeklagten Ansprüche dem Kläger gegen den Beklagten zustehen.

Die Verpflichtung der Genossen, in Höhe der Haftsumme Nachschüsse zu leisten, ist in ihrer Entstehung durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Genossenschaft bedingt (§§ 105. 141 GenG.). Die Liquidatoren waren also garnicht berechtigt, die Haftsumme von dem Kläger einzuziehen. Zahlte er sie daher, so entrichtete er nicht die Haftsumme, sondern machte eine Leistung ohne jeden rechtlichen Grund. Das Gezahlte wurde Vermögen der Genossenschaft und ist dann, da es gemäß § 1 KO. zur Konk.-Masse gehörte, dem Gesetze gemäß dem Beklagten als ein Teil dieser Masse übergeben worden. Die erst mit der Konk.-Eröffnung entstehende Nachschußpflicht wurde von dem Beklagten später nach den Vorschriften der §§ 106 ff. GenG. in Anspruch genommen. Das, was der Kläger vor der Konk.-Eröffnung an die Liquidatoren zahlte, kann also unmöglich als Erfüllung der Nachschußpflicht angesehen werden. Eine entsprechende Anwendung des § 8 KO., wie der Kläger sie verlangt, ist nicht angängig. Die Voraussetzungen und Grund-

lagen dieser Bestimmung sind ganz andre. Dort handelt es sich um eine Leistung, die nach der Konk.-Eröffnung auf eine fällige Schuld gemacht wird und gewissermaßen nur durch Vermittelung des Gemeinschuldners zur Konk.-Masse kommt; hier aber hat der Kläger an die Gemeinschuldnerin auf die vermeintlich schon bestehende, aber tatsächlich noch garnicht entstandene Schuld geleistet, das Geleistete ist in das Vermögen der Gemeinschuldnerin übergegangen und dann durch einen besonderen Akt auf Grund gesetzlicher Verpflichtung mit der übrigen Aktivmasse von den Vertretern der Gemeinschuldnerin dem Beklagten ausgehändigt. Ob dabei noch dieselben Geldscheine vorlagen, die der Kläger den Liquidatoren gezahlt hatte und ob dieses und der Zweck der Zahlung dem Beklagten ausdrücklich mitgeteilt ist, hat dabei nach obigem keine Bedeutung, da die Scheine bereits Genossenschaftsvermögen geworden waren und höchstens ein obligatorischer Anspruch des Klägers auf Rückzahlung bestand.

Auch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung ist ein Anspruch gegen den Beklagten außerhalb des Konk.-Verfahrens nicht begründet. Der Kläger will einen solchen Anspruch entweder der Nachschußforderung gegenüber zur Aufrechnung stellen oder nötigenfalls Begleichung dieses Anspruchs in voller Höhe, nicht etwa als Konk.-Forderung haben. Eine solche ist nicht angemeldet, ihre Feststellung kommt hier nicht in Frage. Zu prüfen ist also nur, ob die Masse als solche bereichert ist. Das ist zu verneinen. Eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Kläger und der Konk.-Masse liegt, wie bereits oben dargetan ist, überhaupt nicht vor. Vielmehr gelangte die Leistung des Klägers in das Vermögen der Gemeinschuldnerin und dann erst mit diesem durch einen neuen Rechtsakt auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift zur Masse. In Frage kann also überhaupt nur eine Bereicherung der Genossenschaft vor der Konk.-Eröffnung kommen. Ob sie vorliege und daher eine Konk.-Forderung des Klägers begründet sei, kann hier dahingestellt bleiben. Die Aufnahme des Klägers in die vom Beklagten aufgestellte Vorschußberechnung, ihre Vollstreckbarkeitserklärung und die daraufhin vom Kläger durch Hinterlegung gemachte Leistung stellen keine ungerechtfertigte Bereicherung des Beklagten dar. Denn der Beklagte übte damit nur sein gesetzliches Recht aus.

Es kann schließlich auch nicht anerkannt werden, daß der Beklagte damit wider Treu und Glauben gehandelt habe und sein Anspruch gegen den Kläger aus der Vorschußberechnung daher durch die exc. doli generalis beseitigt werde. Die vorher von den Liquidatoren gemachte Leistung durfte er als Erfüllung des erst später entstandenen Anspruchs aus der Nachschußpflicht des Klägers nicht gelten lassen. Dadurch waren besondere Beziehungen geschaffen, die unabhängig waren von der später entstandenen Nachschußpflicht. Wenn er dann aus dieser Pflicht den Kläger in Anspruch nahm, übte er nicht nur ein im § 105 GenG. begründetes Recht aus, sondern kam auch der ihm als Konk.-

Verwalter obliegenden Pflicht nach. Er hat also in keiner Weise gegen Treu und Glauben verstoßen."

Urteil des OLG. zu Königsberg (1. Sen.) v. 9. Okt. 1917. W. w. S. 2 U. 79/17. Th.

---

37. Sog. Kriegs-Ersatzware muß besonders sorgfältig auf Mängel untersucht werden.

HGB. § 377.

Der Kläger hatte vom Beklagten am 6. Sept. 1916 10000 Kilo kalzinierten Soda-Ersatz laut übergebenem Typmuster zu 11 M für 100 Kilo ab Lager Frankfurt a. M. gekauft. Die Ware war geliefert, der Kaufpreis mit 1100 M bezahlt worden. Nachdem der Kläger einen Teil verbraucht hatte, verlangte er Wandelung. Er behauptete, die Ware sei untauglich; ein Teil sei zu Seifenpulver verarbeitet worden, nach Verkauf desselben habe sich herausgestellt, daß der Soda-Ersatz eisenhaltig sei, die Wäsche bekomme infolgedessen Rostflecke. — Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Unstreitig ist der die verkaufte Ware bringende EBWagen am 21. Sept. 1916 in Altona entladen worden. Die Ware ist alsbald, ohne auf Zusammensetzung und Beschaffenheit untersucht zu werden, zu Waschpulver verarbeitet und an Kunden abgegeben worden. Am 28. Sept. ist nach der Behauptung des Klägers die erste Beschwerde bei ihm eingelaufen und er will dann unverzüglich die Beschaffenheit der Ware dem Beklagten gegenüber gerügt haben. Daß, wenn der Kläger überhaupt zur Untersuchung der Ware verpflichtet war und wenn das Vorhandensein von Eisenoxyd im Glaubersalz nicht als heimlicher Mangel gelten kann, die frühestens am 28. Sept. erstattete Mängelrüge verspätet war, bedarf keiner Ausführung.

Nach Ansicht des Ber.-Gerichts kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Kläger die Ware nach der Ablieferung alsbald hätte untersuchen müssen. Der Kauf war für beide Teile ein Handelsgeschäft. Grundsätzlich war daher nach § 377 HGB. die Untersuchung geboten. Sie war um so mehr angezeigt, als eine Ersatz-Ware verkauft war, deren einzelne Bestandteile nicht angegeben und auch aus dem Muster dem Kläger nicht erkennbar waren. Erfahrungsgemäß ist solche im Kriege gelieferte Ersatzware vielfach minderwertig. Der Kläger hätte daher allen Grund gehabt, sie vor der Verarbeitung zu untersuchen. Als Fachmann mußte er sich darüber klar sein, welch schwerer Schaden angerichtet werden konnte, wenn das Waschpulver aus ungeeignetem Material hergestellt wurde. Er hätte, ebenso wie der Sachverständige A. es getan hat, die Untersuchung mühelos durch eine Waschprobe bewerkstelligen können. Sofort würde er dann festgestellt haben, daß schädliche Bestandteile in der Ware waren, die jedenfalls vor der Verarbeitung zu Waschpulver hätten be-

seitigt oder durch Zusatz geeigneter Stoffe unschädlich gemacht werden müssen. Ein heimlicher Mangel i. S. des § 377 Absatz 2 HGB. kann daher in dem Vorhandensein von Eisenoxyd im Glaubersalz nicht gefunden werden.

Die gelieferte Ware würde hiernach als genehmigt gelten, es sei denn, daß es sich, wie es der Vorderrichter für möglich hält, um eine Ware handelte, die von der Bestellung offensichtlich so sehr abwich, daß der Beklagte die Genehmigung für ausgeschlossen halten mußte. Vorliegend kann indessen diese Vorschrift des § 378 HGB. keine Anwendung finden. Verkauft ist lediglich kalzinierter Soda-Ersatz. Dieser Soda-Ersatz war eine Ware, deren Begriffsmerkmale jedenfalls beim Abschlusse nicht feststanden. Welche Eigenschaften ihr innewohnten, stand völlig dahin. Verkauft ist also nichts andres als eine Ware, der vom Beklagten nachgerühmt wurde, daß sie Soda ersetzen könne. Kraft welcher Eigenschaften sie diese Fähigkeit haben sollte, ist von den Parteien nicht klargestellt worden. Unter diesen Umständen ist es begrifflich ausgeschlossen, festzustellen, ob die gelieferte Ware von der bestellten in geringerem oder höherem Grade abwich. Daß damals unter der Bezeichnung ‚Soda-Ersatz' im Handel eine Ware ganz bestimmter Art verstanden worden wäre, ist weder anzunehmen noch vom Kläger behauptet worden; es konnten vielmehr unter dieser Bezeichnung Waren der verschiedensten Art und Zusammensetzung gehandelt werden. Ist das aber der Fall, so fehlte es an jeder Vergleichungsmöglichkeit zwischen der gelieferten und der bestellten Ware. Die Ware, die der Beklagte geliefert hat, ist also gegenüber der Bestellung kein aliud i. S. des § 378 HGB., sondern eine Ware, die der vom Beklagten zugesicherten Eigenschaften ermangelte. Das Fehlen dieser Eigenschaften hätte Kläger durch die Untersuchung feststellen können und müssen. Da er das nicht getan hat, gilt die gelieferte Ware als genehmigt. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 31. Okt. 1917. H. K. w. H. J. Bf. IV. 147/17. Nö.

---

38. Die Seeversicherung deckt auch die Kosten des Landtransports von einem Zwischenhafen nach dem Bestimmungsort, wenn die Seereise in dem Zwischenhafen wegen Kriegsausbruchs aufgegeben worden war.

HGB. §§ 828 Abs. 2, 816.

Nach der vorgelegten Versicherungspolice aus Macassar 30. Mai 1914 hat die Firma L. & Co., Generalagentin der verklagten Versich.-Gesellschaft, 1508 Bund Stuhlrohr für Rechnung der Klägerin gegen die Gefahren der Seereise vom Golf Tomini (Tomonibocht auf Celebes, Niederl. Indien) bis nach Hamburg in Versicherung genommen. Bis Batavia ist die Ware mit dem Dampfer „Van Overstraten" gegangen. Dort ist sie in den Dampfer „Bandoeng" des Rotterdamer Lloyd eingeladen, welcher nach Hamburg gehen sollte, aber Hamburg nicht erreicht hat. Als dieser Dampfer Ende August 1914 in Rotter-

dam angekommen war, hat die Reederei wegen des ausgebrochenen Krieges die Weiterreise nach Hamburg aufgegeben. Nachdem Klägerin auf ihre Anfrage vom Rotterdamer Lloyd mittels Schreibens v. 10. Sept. 1914 die Auskunft erhalten hatte, daß die für Hamburg und Bremen bestimmte Ladung „für Rechnung und Gefahr der Eigentümer" in Rotterdam lagere, hat die Klägerin einem Spediteur in Haarlem den Auftrag erteilt, die Ware für sie in Empfang zu nehmen und mit der Bahn nach Bergedorf zu befördern.

Mit der im Dezember 1914 erhobenen Klage verlangt Klägerin von der Beklagten auf Grund der Police und gemäß § 828 HGB. Erstattung ihrer Mehrkosten für Löschung, einstweilige Lagerung und Weitertransport nach Hamburg und Bergedorf mit 1164,25 M. Die außergerichtliche Zahlungsforderung ist vergeblich gewesen. Das Landgericht hat dem Klagantrage entsprochen. Die Berufung der Beklagten kann nicht für begründet gehalten werden.

Da der Vertreter der Beklagten in der Ber.-Instanz ausdrücklich erklärt hat, daß die Kostenrechnung nicht beanstandet werden solle, kommt es nur auf die Entscheidung der Rechtsfrage an, ob die Beklagte auf Grund des Versicherungsvertrages die der Klägerin erwachsenen Kosten zu tragen hat. Die Streitfrage ist nach dem deutschen Rechte zu entscheiden, die verklagte Versich.-Gesellschaft hat ihren Sitz in Hamburg. Die Klägerin ist eine deutsche Firma mit dem Sitz in Bergedorf. Die Versicherung bezieht sich auf eine Beförderung von Waren nach Hamburg und hier in Hamburg sind nach der Police die Ansprüche der Klägerin aus dem Versich.-Vertrage geltend zu machen. Der Umstand, daß die Police in Macassar (in Niederl.-Indien) gezeichnet ist und daß sich der Unterzeichner der englischen Sprache bedient hat, ist unerheblich. Es liegt kein Grund dazu vor, ein andres Recht zur Anwendung zu bringen als deutsches.

Das hat die Beklagte in der Ber.-Instanz auch grundsätzlich anerkannt. Jedes in Geld schätzbare Interesse, welches jemand daran hat, daß Schiff oder Ladung die Gefahren der Seeschiffahrt besteht, kann nach § 778 HGB. Gegenstand der Versicherung sein. Das versicherte Interesse bestand hier darin, daß die Ware der Klägerin auf der unternommenen Seereise ungefährdet nach Hamburg käme. Die Seereise hat aber wegen des Kriegsausbruchs in Rotterdam aufgegeben und es haben besondere Kosten aufgewandt werden müssen, um die Ware auf dem Landwege nach Hamburg zu schaffen. Die hierdurch veranlaßten besonderen Kosten hat Beklagte nach § 828 Abs. 2 HGB. zu tragen. Der Ersatz der dort erwähnten Kosten bildet gerade den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

Die verklagte Versich.-Gesellschaft hat sich gegen die Anwendbarkeit des § 828 Abs. 2 auf die Police und ferner auf die Vorschriften der §§ 829 und 816 HGB. berufen. Diese Einwendungen können aus folgenden Gründen nicht für durchschlagend gehalten werden.

1. Für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien ist allerdings in erster Reihe der in der Police zum Ausdruck gekommene Versich.-Vertrag maßgebend. Wenn daher in der Police Bestimmungen enthalten wären, die sich mit dem angezogenen deutschen Gesetze nicht in Einklang bringen ließen, so wäre das deutsche Gesetz nicht anwendbar. Ein solcher Gegensatz zwischen der Police und dem deutschen Gesetze ist indessen nicht vorhanden. Von besonderer Bedeutung ist die Abmachung, die sich auf dem Zettel befindet, welcher (mit der Absicht, das Policeformular, das die Kriegsgefahr von der Versicherung ausschloß, abzuändern) auf die Police geklebt ist. Sie lautet:

This Policy covers also — — — all consequences of hostilities or warlike operations, wether before or after declaration of war.

Beklagte will nun unterschieden wissen zwischen den unmittelbaren und mittelbaren Folgen von Feindseligkeiten oder kriegerischen Maßnahmen. Nur für die erstbezeichneten unmittelbaren Folgen will Beklagte verantwortlich sein, nicht aber für die mittelbaren Folgen, wozu sie die hier in Frage kommenden Mehrkosten zählt. Ferner vertritt Beklagte die Meinung, daß nur die eigentlichen Sachschäden, d. h. die Schäden, von denen das versicherte Gut selbst betroffen würde, unter die Versicherung fielen. Diese Einschränkung der Verpflichtungen des Versicherers gegenüber dem deutschen Gesetze finden jedoch in der Police keine Stütze, weder in den allgemeinen Bestimmungen, noch viel weniger in der Kriegsklausel, welche vielmehr alle Folgen von Feindseligkeiten oder kriegerischen Maßnahmen unter die Versicherung fallen läßt. Gegenüber diesem Wortlaut kann es nicht darauf ankommen, was die englische Rechtsanschauung mit dieser typisch englischen Kriegsklausel ausgedrückt haben will.

2. Nach § 829 HGB. sollen die Vorschriften der §§ 827 und 828 nur gelten unbeschadet der Vorschriften der §§ 814 und 816 HGB. Hier kommen nur die §§ 828 und 816 in Frage. Es fragt sich, ob die Vorschrift des § 828 Abs. 2 wegen der Vorschrift des § 816 HGB. im vorliegenden Rechtsstreit unanwendbar werde.

Wenn der 1. Satz des § 816 als eine Ausnahme gegenüber der Vorschrift des § 828 Satz 2 anzusehen ist, so enthält der 2. Satz des § 816 wiederum zwei Ausnahmen von der Ausnahme, welche beide Platz greifen, so daß durch den § 816 für den vorliegenden Fall nichts geändert ist und die Regelvorschrift des § 828 Satz 2 in Wirksamkeit bleibt. Beklagte sucht allerdings glauben zu machen, daß der erste Teil des 2. Satzes in § 816 (die erste Ausnahme von der Ausnahme) hier nicht zuträfe, weil ja Klägerin ausdrücklichen Auftrag erteilt habe, ihre Ware von Rotterdam mit der Bahn weiterzubefördern. Diese Auslegung ist offenbar verfehlt. Es kommt darauf an, ob die andre Art der Beförderung als mit dem dazu bestimmt gewesenen Schiffe auf den Auftrag oder die Zustimmung der Klägerin zurückzuführen ist. Das ist ganz und garnicht

der Fall gewesen. Klägerin ist vielmehr gezwungen gewesen, für ihre in Rotterdam lagernde Ware ein andres Beförderungsmittel zu suchen, nachdem durch die Kriegsereignisse die Weiterbeförderung auf dem Seewege verhindert worden war. Die Haftung der Beklagten ist ferner auch daraus herzuleiten, daß in der fahrplanwidrigen Unterbrechung der Seereise zweifellos ein Unfall zu erblicken ist, der sich auf eine von der Beklagten übernommene Gefahr, nämlich die Kriegsgefahr, gründet (§ 816 HGB. am Schluß).

Die Berufung der Beklagten war demnach zu verwerfen. — — —

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (3. Sen.) v. 11. Jan. 1916. H. B. Stuhlrohrfabr. (Kl.) w. Vers.-G. A. Bf. III. 221/15 B.

---

39. Ein Vertrag zwischen Abnehmern und Fabrikanten über Bedingungen beim Weiterkauf widerspricht nicht den guten Sitten oder der Gewerbeordnung.

Vgl. 60 Nr. 174; 69 Nr. 243; auch 68 Nr. 187.
GewO. § 1; BGB. §§ 138, 723.

Die Beklagte hatte dem klagenden Verbande gegenüber einen Verpflichtungsschein unterschrieben, in dem sie sich verpflichtete, für die Zeit vom 1. Febr. 1915 bis 31. März 1916 nur an solche Händler und Wiederverkäufer zu liefern, die den Verpflichtungsschein des Zigarettenschutzverbandes unterschrieben hätten, sowie die Mindest-Kleinverkaufspreise ihrer Marken fest vorzuschreiben. Sie trat am 26. Okt. 1915 von ihrer Reversverpflichtung zurück. Kläger lehnte die Rücktrittserklärung als unbegründet ab. Die Beklagte hatte auch die in dem Schein vorgeschriebene Kündigung auf den 31. März 1916 ausgesprochen. Kläger erhob Klage auf Feststellung, daß der Verpflichtungsschein bis zum 31. März 1916 zu Recht bestehe. Das Landgericht gab dem Klagantrage statt. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Die Versuche der Beklagten, sich von der einmal übernommenen Verbindlichkeit freizumachen, konnten keinen Erfolg haben.

Das gilt zunächst von den Einwendungen, daß die übernommene Verpflichtung, als gegen die guten Sitten und die Gewerbeordnung verstoßend, nichtig sei. — — — Wenn auch die Verpflichteten durch den Revers in ihrer geschäftlichen Bewegungsfreiheit stark beeinträchtigt werden, so kann doch von einem Verstoß gegen die Gewerbefreiheit nicht die Rede sein. Denn daß auch diejenigen, die sich dem Reverssystem nicht angeschlossen haben, ihr Gewerbe frei betreiben können, sogar mit gutem Erfolge, gibt die Beklagte ausdrücklich zu, indem sie auf das Gedeihen der Geschäftsbetriebe der Schleuderer hinweist. Schon dies ergibt, daß eine Beschränkung der Gewerbefreiheit nicht vorliegt. Aber auch sonst scheitert die Berufung der Beklagten auf die guten Sitten daran, daß irgendwelche unlautere Zwecke abseiten des Klägers nich

verfolgt werden. Der ausgesprochene Zweck der Zusammenschließung ist der, daß die Einzelverkäufer die von den Fabriken festgesetzten Kleinverkaufspreise einhalten und nicht ‚schleudern‘, womit erreicht werden soll, daß die Kleinverkäufer genügenden Verdienst haben, um sich halten zu können. Inwiefern eine solche Zusammenschließung den guten Sitten zuwiderlaufen solle, ist nicht ersichtlich. Der Umstand, daß eine solche Zusammenschließung für Außenstehende Nachteile hat, kann hier nicht ins Gewicht fallen, da dies bei jedem Zusammenschluß dieser Art der Fall ist. Auch in den Mitteln, die der Kläger zur Erreichung seines Zwecks anwendet, kann etwas Unerlaubtes nicht erblickt werden. Der Kläger gibt jedem Interessenten Gelegenheit zum unentgeltlichen Beitritt. Nur seinen Teilnehmern macht er Bezugs- und Absatzvorschriften. Da er sowohl Fabrikanten wie Händler umfaßt, vermag er den außenstehenden Händlern den Bezug von Verbandsfabrikaten zu sperren. Als unerlaubt kann aber nach feststehender höchstrichterlicher Rechtsprechung eine solche Sperre nur dann angesehen werden, wenn sie gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, die sie in ihrer wirtschaftlichen Existenz vernichten will. Das liegt hier nicht vor. Einmal ist gegen die Beklagte und sonstige Außenstehende garnicht mit bestimmten unzulässigen Mitteln oder Maßregeln vorgegangen worden; es ist keineswegs eine völlige Lieferungssperre und die damit verknüpfte Abschneidung der Erwerbsmöglichkeit angedroht, so daß man von einer Vergewaltigung aller Erwerbsgenossen durch den Kläger und von der Anmaßung einer Zwangs- und Strafgewalt über sämtliche Gewerbsgenossen (vgl. RGEntsch. 56, 278) sprechen könnte. Dann aber bestand auch, worauf bereits hingewiesen, eine Möglichkeit für die Beklagte, auch außerhalb des Verbandes ihr Geschäft, und zwar nach ihrer eigenen Behauptung mit besserem Erfolg als innerhalb des Verbandes, zu betreiben.

Ebensowenig kann die Beklagte damit gehört werden, daß sie nach § 723 BGB. die Gesellschaft wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes habe kündigen dürfen. Sie wirft dem Kläger vor, daß er den in Aussicht gestellten Zweck, die Beseitigung der Schleuderei, nicht erreicht habe, was sich auch schon daraus ergebe, daß sich der Verband jetzt aufgelöst habe, weil eben der Zweck nicht zu erreichen gewesen sei. Und ihr Verbleiben im Verbande würde ihren Ruin herbeigeführt haben. Daß der Kläger sein Ziel, die Schleuderei zu beseitigen, mit aller Kraft zu erreichen versucht hat, ist gerichtsbekannt. Daß es bei der großen Zahl von Fabrikanten und Händlern dem Kläger nicht in der Zeit von ein bis zwei Jahren gelingen werde, die Schleuderei völlig zu beseitigen, mußte für jeden verständigen Menschen von vornherein klar sein und konnte auch von der Beklagten nicht erwartet werden. Daher ist es auch unerheblich, aus welchen Gründen der Verband sich neuerdings aufgelöst hat, ob, wie er selbst behauptet, wegen der jüngsten Steuergesetzgebung auf dem Zigarettenmarkte oder, wie Beklagte darlegt, wegen der ihm klargewordenen Unmöglichkeit der Ausrottung der Preisschleuderei, denn keines-

falls ist aus dieser nachträglichen Auflösung für die Beklagte ein Recht auf Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses zu entnehmen. Was die Beklagte an tatsächlichem Material hinsichtlich des vertragwidrigen Verhaltens einzelner Verbandsmitglieder, ja auch von Vorstandsmitgliedern, beigebracht oder unter Beweis verstellt hat, ist ohne rechtliche Erheblichkeit. Es ist eine bekannte Tatsache, daß bei Kartellen aller Art Übertretungen der Kartellabreden vorkommen. Solche Übertretungen liegen gewissermaßen in der Natur der Sache. Daß bei einer Zusammenschließung von vielen Tausenden von Personen, wie im vorliegenden Falle, die Zahl der Kartellbrüche keine geringe ist, ist nichts Auffallendes und vor allem nichts Besonderes, dem Wesen des Kartells Zuwiderlaufendes. Auch daß es dem Kläger nicht gelingt, alle derartigen Zuwiderhandlungen aufzudecken und zu verfolgen, rechtfertigt nicht den Standpunkt, daß der Kläger seinen Verpflichtungen gegenüber den Gesellschaftern nicht nachgekommen sei. Wenn aber die Beklagte meint, daß sie zur sofortigen Auflösung des Vertrages berechtigt gewesen sei, weil sie andernfalls dem Ruin entgegengegangen sei, so ist diese Behauptung schon an sich wenig glaubhaft und damit allein nicht bewiesen, daß die Beklagte behauptet, ihre Einnahmen seien nach ihrem Anschluß an den Verband besonders stark zurückgegangen. Aber auch wenn dieser Rückgang der Einnahmen die Folge des Anschlusses an den Kläger gewesen wäre, so durfte die Beklagte trotzdem das auf die kurze Dauer von 13 Monaten eingegangene Gesellschaftsverhältnis deshalb doch nicht sofort lösen. Sie hat sich dann eben in ihren Erwartungen verrechnet und hätte sich die Folgen ihres Beitritts vorher gründlicher überlegen sollen.

Demnach hat das Landgericht den Verpflichtungsschein mit Recht für bindend erklärt. — — —"

Urteil des OLG zu Hamburg (6. Sen.) v. 25. Jan. 1917. Zig.-Schutzverband E. V. w. Gebr. S. Bf. VI. 77/16. Nö.

---

40. Keine Verweisung des Rechtstreits an das zuständige Kaufmannsgericht.

Ges. v. 6. Juli 1904 (RGBl. 266); ZPO. § 505.

Nach §§ 4 und 5 Nr. 6 des Gesetzes betr. Kaufmannsgerichte v. 6. Juli 1904 (RGBl. 266) ist für den vorliegenden Rechtsstreit das Kaufmannsgericht der Stadt München zuständig, falls der Jahresarbeitsverdienst der Beklagten an Lohn oder Gehalt den Betrag von 5000 *M* nicht übersteigt. Diese Zuständigkeit ist eine ausschließende und zwingende, die jederzeit, daher auch noch in der Ber.-Instanz, von Amts wegen zu prüfen ist. Für die Frage der Zuständigkeit ist maßgebend der Betrag des Jahresverdienstes zur Zeit der Klagerhebung, wenn das Dienstverhältnis, aus dem geklagt wird, in diesem Zeitpunkt noch fortdauert, sonst der Jahresverdienst bei Beendigung des streitigen Verhältnisses. Hier ist das Dienstverhältnis durch den Brief v. 24. Sept. 1913 außerordentlich gekündigt und diese Kündigung nach Empfang des Briefes,

sohin vor der Klagerhebung, in Wirksamkeit getreten. Zur Berechnung steht daher der Jahresarbeitsverdienst der Beklagten für die Zeit vom 27. Sept. 1912 bis zum 26. Sept. 1913. Dieser betrug auf Grund der Einträge in den Büchern 4945 M. Damit ist die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts der Stadt München gegeben, weshalb unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils die Klage angebrachtermaßen abzuweisen war. Eine Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Kaufmannsgericht kommt nicht in Frage. Die Verweisung nach § 505 ZPO. und § 27 Bkm. zur Entlastung der Gerichte v. 9. Sept. 1915 (RGBl. 562) kann nur an ein ordentliches Gericht erfolgen; eine Verweisung an ein Sondergericht, insbesondere an ein Gewerbe- oder Kaufmannsgericht ist unzulässig.

In diesem Sinn sprechen sich auch die Motive jener Gesetzesbestimmung aus. Nur die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit (§ 12 GVG., § 3 EinfGes. z. ZPO.) werden davon betroffen. Bei Verweisung an ein Sondergericht wäre auch die in § 505 Abs. 3 ZPO. vorgesehene einheitliche Behandlung der Kosten nicht durchführbar; (vgl. ReichstVerh. 246, 4571 oben; JW. 1910, 688. 869; Förster Komm. ZPO.[3], 1158).

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 10. Nov. 1917. O. w. H. L. 49/16. F—z.

II. Verfahren.

41. Zulässigkeit der Beschwerde eines Prozeßunfähigen.

Vgl. 49 Nr. 271.
ZPO. § 52. 567.

Dr. M., der durch einen allerdings noch nicht rechtskräftigen Beschluß des Amtsgerichts H. wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, will gegen den Fiskus eine Schadenersatzklage auf den Betrag von 70000 M geltend machen, weil er, obwohl niemals geisteskrank, seit dem Jahre 1895 von Richtern und Verwaltungsbeamten als Irrsinniger verfolgt werde und dadurch in seiner Existenz, Gesundheit und Erwerbsfähigkeit aufs schlimmste geschädigt worden sei. Er hat beim Landgerichte München I um Bewilligung des Armenrechts für den beabsichtigten Rechtsstreit nachgesucht. Das Landgericht hat das Armenrecht verweigert, weil der Gesuchsteller nicht prozeßfähig sei.

Die Beschwerde des Dr. M. gegen diesen Beschluß ist in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden und auch nicht etwa als Rechtsmittel einer prozeßunfähigen Person als unzulässig zu behandeln und deshalb als unstatthaft zu verwerfen, weil die Rechtsmittelinstanz auch durch Handlungen eines in Wirklichkeit Prozeßunfähigen eröffnet wird (Stein ZPO.[10] 1, 171 und JW. 1916, 521). Sie ist vielmehr sachlich zu würdigen.

Diese Würdigung ergibt aber, daß das Rechtsmittel nicht begründet ist, weil das Landgericht mit Recht angenommen hat, daß der Gesuchsteller zur-

zeit nicht prozeßfähig ist, und weil daher den Anspruch des Beschwerdeführers, selbst wenn er an sich gerechtfertigt wäre, nur dessen gesetzlicher Vertreter geltend machen könnte, auch insoweit lediglich das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts in Frage steht (Neumiller ZPO.³·⁴, 139, Nachtr. zu § 118).

Beschluß des OLG. München (1. Sen.) v. 12. Okt. 1917. Dr. M. w. Bayer. Fiskus. Beschw.-Reg. 357/17. F—z.

---

42. Wohnort im Sinne der Zustellungsvorschriften.

Vgl. 47 Nr. 67.
ZPO. § 180.

Die beim Landgericht zu Pl. eingegangene Klage war gerichtet gegen den Kaufmann und Stickereibesitzer K. St. zu Pl., Nordstr. 2. Die Klage wurde ausweislich der Urkunde des Gerichtsvollziehers, da er den Empfänger selbst in der Wohnung nicht angetroffen habe und eine Zustellung nach § 181 ZPO. nicht ausführbar gewesen, am 22. Mai 1915 durch Niederlegung beim Polizeivorsteher zu Pl. zugestellt. Im Verhandlungstermin am 10. Juni 1915 erging gegen den nichterschienenen Beklagten ein Versäumnisurteil, das ebenfalls durch Niederlegung und zwar auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, am 19. Juni 1915 zugestellt wurde. Am 15. Juli 1915 legte der Beklagte gegen das Versäumnisurteil Einspruch ein und bat um Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Einspruchsfrist, indem er geltend machte, daß er sich bereits im Januar 1915 in Pl. polizeilich abgemeldet und sich seitdem in St. Gallen aufgehalten habe; erst Mitte Juli 1915 habe er von der Zustellung des Versäumnisurteils zufällig Kenntnis erhalten. — Das Landgericht wies die Anträge ab; in 2. Instanz wurde dagegen der Einspruch für begründet erklärt und die Sache ans Landgericht zurückverwiesen. Aus den Gründen:

„Wäre die Zustellung der Klage und des Versäumnisurteils ordnungsgemäß erfolgt, so würde der Einspruch allerdings verspätet eingelegt sein. Die Frage aber, ob die erwähnten Zustellungen rechtswirksam seien, hat das Landgericht zu Unrecht bejaht. — — — Es ist nicht maßgebend, worauf die ersten Richter das Hauptgewicht legen, wo der Beklagte zur Zeit der Zustellungen seinen Wohnsitz i. S. des § 7 BGB. gehabt hat, denn für Zustellungen entscheidet nicht der juristische Wohnsitz des Empfängers, sondern das tatsächliche Wohnen (Seuffert ZPO.¹, 280 § 180, 1 Abs. 2; RG. in SeuffA. 47 Nr. 67). Die Zustellung sowohl der Klage wie des Versäumnisurteils ist im vorliegenden Fall erfolgt nach den Bestimmungen des § 182 ZPO. Die dort gedachte Ersatzzustellung setzt zu ihrer Wirksamkeit voraus, daß der Empfänger an dem Orte der Zustellung eine Wohnung i. S. von § 180 ZPO. hat;

Seuffert § 182 Anm. 1; SeuffA. a. a. O.; Förster-Kann § 182 Nr. 1; Petersen-Remelé § 182 II 4 und 5.

Unter Wohnung in diesem Sinne ist die Räumlichkeit zu verstehen, die der Empfänger zur Zeit der Zustellung tatsächlich zum Wohnen benutzt, ins-

besondere die Stätte, wo er zu schlafen pflegt (Stein ZPO. § 180 II; Seuffert § 180, 1 Abs. 2). Der bloße Besitz eines zum Wohnen eingerichteten Hauses genügt nicht, wie denn jemand auch nicht überall dort, wo er Grundeigentum, insbesondere ein Wohnhaus hat, lediglich im Hinblick auf diesen Grundbesitz seinen Wohnsitz hat.

Vorliegend hat nun zwar der Beklagte in Pl., Nordstr. 2 ein Hausgrundstück. Die Wohnung aber, die er anscheinend bisher darin innegehabt, hat er bei seiner Übersiedelung nach St. Gallen am 13. März 1915 aufgegeben. Das folgt unwiderleglich aus der von ihm selbst an diesem Tage bewirkten polizeilichen Abmeldung. Gerade dadurch, daß er sich auf dem Polizeiamt nach St. Gallen abmeldete, gab er deutlich zu erkennen, daß er von Pl. nach St. Gallen verziehen und seine Wohnung in Pl. aufgeben wolle. Die polizeiliche Abmeldung widerlegt gerade die vom Landgericht aufgestellte Vermutung, daß sich der Beklagte nur vorübergehend auf Reisen habe begeben, seine Wohnung in Pl. aber habe beibehalten wollen. Es wird in der Regel für jemand, der an einem bestimmten Orte bisher gewohnt hat und dort weiterhin ein zum Wohnen geeignetes Grundstück besitzt, anders als durch polizeiliche Abmeldung nach einem andern Ort garnicht möglich sein, darzutun, daß er an jenem Orte seine Wohnung aufgebe.

Der Umstand, daß der Beklagte noch jetzt Wohnräume und Möbel in seinem Grundstück in Pl. hat, genügt nicht zu der Annahme, daß er noch jetzt eine Wohnung i. S. von § 180 ZPO. in Pl. habe. Er mag die Räume beibehalten haben, weil er zunächst nicht gewußt, wohin mit seinen Möbeln, oder er mag gehofft haben, in nicht allzu ferner Zeit nach Pl. zurückkehren zu können; aber dies rechtfertigt nicht die Annahme, er habe trotz seines, der zuständigen Behörde ausdrücklich erklärten Wegzugs von Pl. nach St. Gallen weiter in Pl. wohnen wollen. Spräche man einer polizeilichen Abmeldung die Wirkung der Aufgabe der bisherigen Wohnung i. S. des § 180 ZPO. trotz des Wegzugs von dem Orte, wo diese gelegen, lediglich deshalb ab, weil der Abmeldende Räumlichkeiten und Möbel in dem ihm gehörigen Grundstück beibehält, so könnte jemand, der sich in einer solchen Lage befindet, sich überhaupt nicht dagegen schützen, daß er i. S. der Vorschriften der §§ 180 ff. ZPO. noch als an seinem bisherigen Wohnort wohnend angesehen wird, obwohl er tatsächlich nicht mehr dort wohnt, sondern nach einem andern Ort übergesiedelt ist.

Eine andre Beurteilung könnte vielleicht Platz greifen, wenn der Beklagte in Pl. sein Geschäft beibehalten hätte oder weiterhin von hier aus Geschäfte betriebe. Allein das wird schon durch die Auskunft des Amtsgerichts aus dem Handelsregister zu Pl. v. 29. April 1916 in Verbindung mit der erwähnten Polizeiauskunft voll widerlegt. — — —

Steht nach alledem fest, daß der Beklagte seit dem 13. März 1915 in Pl. eine Wohnung nicht mehr hat, so ist sowohl die Klagezustellung als auch die Zustellung des Versäumnisurteils unwirksam. Der Mangel der Zustellung

konnte nicht dadurch geheilt werden, daß der Beklagte auf andre Weise, etwa durch eine Mitteilung seiner Wirtschafterin, von der Zustellung und von dem Inhalt des zugestellten Schriftstücks Kenntnis erhielt. Erst mit dem Zeitpunkt, in dem er nach seiner eigenen Erklärung die Ladung erhalten hat, ist die Zustellung als bewirkt anzusehen (§ 187 ZPO.). Das ist Mitte Juli 1915. Denn erst zu dieser Zeit hat der Beklagte nach seiner Angabe von der Zustellung des Versäumnisurteils, damit aber auch von der der Klage Kenntnis erhalten, und diese Erklärung ist maßgebend für den Zeitpunkt, zu dem die Ladung in den Besitz des Beklagten i. S. des § 187 ZPO. gelangt ist. Anders als durch diese Erklärung kann der Nachweis, daß und wann der Beklagte die Ladung erhalten hat, überhaupt nicht geführt werden. Am 10. Juni 1915 lag sonach eine gültige Klagezustellung noch nicht vor; ein Versäumnisurteil hätte also gegen den Beklagten nicht erlassen werden dürfen. Da das Landgericht den zulässigerweise und rechtzeitig eingelegten Einspruch als unzulässig verworfen hat, so war dieses Urteil aufzuheben, die Zulässigkeit des Einspruchs auszusprechen und die Sache nach § 538 Nr. 1 ZPO. zur weiteren Verhandlung an das Landgericht zurückzuverweisen. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 12. Juli 1916. K. w. S. 7 O. 247/15. — e —

---

43. Kostenfrage bei Zurücknahme der Klage, wenn gegen den Beklagten schon ein Versäumnisurteil erlassen war.

Vgl. 52 Nr. 120 m. N.

ZPO. §§ 271. 344.

Nach § 271 ZPO. hat die Zurücknahme der Klage zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist; sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über sie bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urteil auszusprechen. Ob diese Kostenpflicht des Klägers auch die Kosten der Säumnis des Beklagten umfaßt, oder ob diese nach § 344 ZPO., wenn das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist, den Beklagten treffen müssen, darüber herrscht in Schrift und Rechtsprechung Streit. Die Wissenschaft neigt überwiegend der Ansicht zu, daß § 344 ZPO. unanwendbar sei, weil § 271 ZPO. einen selbständigen Tatbestand für die Kostenpflicht aufstelle, neben welchem für andre Kostenbestimmungen kein Raum sei (Zusammenstellung bei Stein zu § 271). Das Reichsgericht hat sich in einer älteren Entscheidung ohne Begründung auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt (JW. 1887, 312). Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist nicht einheitlich (vgl. Buschs Z. 45, 494; SeuffA. 52 Nr. 120; OLGRspr. 17, 320; 23, 176).

Der erkennende Senat hält nach dem Stande der Gesetzgebung den § 344 ZPO. nicht für anwendbar. Ist infolge der Zurücknahme der Klage der Rechts-

streit als nicht anhängig geworden anzusehen, so kann die Kostenpflicht, wenn das Gesetz nicht ein andres besiehlt, nicht aus prozeßrechtlichen Vorschriften hergeleitet werden, welche einen Tatbestand zur Voraussetzung haben, der kraft der gesetzlichen Fiktion für die rechtliche Beurteilung auszuscheiden hat. Wenn daher der § 271 ZPO. als Folge der Klagezurücknahme die Kostenpflicht des Klägers verfügt, soweit nicht rechtskräftig andres erkannt ist, so stellt er damit einen Verpflichtungsgrund auf, der die Kostenpflicht selbständig und unabhängig von andern Kostenvorschriften begrenzt und der daher nicht berührt werden kann durch die Schicksale der Klage, die als nicht anhängig geworden gilt. Die Erwägung, daß der die Klage zurücknehmende Kläger nicht schlechter gestellt werden dürfe als der schließlich unterliegende, schlägt nicht durch, weil in letzterem Falle eben andre Kostenvorschriften anzuwenden sind. Die einzige Einschränkung, welche der § 271 für die Kostenpflicht des Klägers gibt, ist ausdrücklich nur die, daß nicht bereits rechtskräftig über die Kosten erkannt ist.

Daß dies richtig ist, ergibt sich auch aus dem Unterschied, der hinsichtlich der Entstehung des Anspruchs zwischen § 271 und den übrigen Kostenbestimmungen besteht. Während nach letzteren Vorschriften die Verurteilung in die Kosten rechtgestaltend wirkt, es also eines Urteils bedarf, um die Kostenpflicht zur Entstehung zu bringen, verpflichtet die Rücknahme der Klage den Kläger, auch ohne gerichtlichen Ausspruch die Kosten zu tragen. Das nur auf Antrag ergehende Urteil hat also lediglich feststellenden Charakter. Mit dieser Eigenschaft des Urteils würde es nicht vereinbar sein, wenn die Kostenentscheidung zum Teil nach anderweitigen Rechtsgrundsätzen getroffen werden könnte, deren Anwendung dem Urteil notwendig einen rechtsgestaltenden Charakter geben müßte. Ist die Klage zurückgenommen, so ist das Gericht nur in der Lage, die Verpflichtung des Klägers zur Tragung aller noch nicht rechtskräftig auferlegten Kosten auf Antrag durch Urteil festzustellen. Wollte man dagegen neben § 271 noch § 344 ZPO. anwenden, so müßte erforderlichenfalls in eine Beweisaufnahme über die Frage eingetreten werden, ob das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen sei. Denn nur dann sollen nach § 344 ZPO. den Beklagten die Kosten treffen. Eine solche Beweisaufnahme würde aber nicht nur im Widerspruch stehen mit der mehrerwähnten gesetzlichen Fiktion, also prozeßrechtliche Tatbestände und sei es auch nur wegen der Kosten zur Erörterung ziehen, obschon die Klage als nicht anhängig geworden anzusehen ist, sondern auch eine Entscheidung nach Rechtsgrundsätzen vorbereiten, für deren Anwendung neben § 271 kein Raum ist.

Schließlich heißt es im § 344 ZPO., daß die Versäumniskosten der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen sind, wenn infolge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird. Das ist hier nicht der Fall. Die abändernde Entscheidung wird auf Grund der Rücknahme der Klage erlassen, nicht des Einspruchs. Wird auf Grund des letzteren zugunsten des Beklagten

entschieden, so ergeht das Urteil auf Grund des Einspruchs und die Kosten sind durch dieses Urteil nach § 91 dem Unterliegenden, die Säumniskosten nach § 344 dem Säumigen aufzuerlegen. Wird dagegen die Klage zurückgenommen, so erfolgt die Entscheidung, wenn sie notwendig wird, nicht infolge des Einspruchs, sondern, wenn auch auf Antrag des Beklagten doch infolge der Verfügung des Klägers über seine Klage.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 30. März 1917. A. K. w. Sp. A. & Co. Bs. Z. V. 18/17. Nö.

---

44. Öffentliche Beamte als Zeugen.

Vgl. 60 Nr. 111 m. N.

ZPO. § 376.

Die als Zeugen benannten Tierärzte haben über eine tierärztliche Untersuchung Auskunft zu geben, welche sie nicht auf Grund eines bürgerlichrechtlichen Dienstvertrages, sondern in ihrer Eigenschaft als öffentliche Beamte vorgenommen haben sollen. Daß diese Beamten nach staats- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen über das Ergebnis amtlicher Untersuchungen Verschwiegenheit zu bewahren haben, wenn nicht — was hier nicht der Fall ist — ihre Aufgabe gerade darin bestand, Privaten Zeugnisse auszustellen, kann nicht zweifelhaft erscheinen. Hieraus folgt, daß gemäß § 376 ZPO. eine Vernehmung der Zeugen ohne vorherige Einholung der Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde durch das Prozeßgericht unzulässig ist.

Wenn Gaupp-Stein ZPO. § 376 I a. E. unter Berufung auf die Kommissionsverhandlungen meint, daß die Vorschrift des § 376 nicht Platz greife, wenn der Fiskus selbst Prozeßpartei sei, so kann dieser Auffassung angesichts der unzweideutigen und bedingunglosen Fassung des Gesetzes nicht beigepflichtet werden. Von einer Anwendung des § 376 kann nur dann abgesehen werden, wenn die auf den Zeugen sich berufende Partei gleichzeitig seine vorgesetzte Dienstbehörde ist. Das trifft im vorliegenden Falle nicht zu. Es gehören sogar der als Partei auftretende Fiskus und die vorgesetzte Dienstbehörde nicht einmal demselben Staate an. Die Erwägung der Kommission, daß nicht in Rechtsstreitigkeiten, wo es sich lediglich um Geltendmachung oder Verteidigung vermögensrechtlicher Interessen des Staates handelt, eine dem Staate ungünstige Zeugenaussage vereitelt werden dürfe, hat genügende Berücksichtigung in der Bestimmung des Gesetzes gefunden, daß die Genehmigung nur versagt werden darf, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohl des Reichs oder eines Bundesstaats Nachteil bereiten würde.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 10. Febr. 1917. D. Kol. Ges. (Kl.) w. das Schutzgeb. Bs. Z. 14/17. Nö.



45. Nachträgliche Vereidigung eines uneidlich zu vernehmenden Zeugen, um eine Berichtigung der Aussage zu ermöglichen.

Vgl. 42 Nr. 70.
ZPO. § 393 Abs. 2.

Um die Ehelichkeit des in der Ehe geborenen Kindes wirksam anzufechten, hat der Kläger die Vermutung des § 1591 Abs. 2 BGB. zu widerlegen, daß er seiner Frau während der Empfängniszeit vom 9. Februar bis 10. Juni 1914 beigewohnt habe. Das Ber.-Gericht erklärt den durch Zeugnis seiner Frau erhobenen Beweis des Klägers für mißlungen, da sie in beiden Instanzen uneidlich ausgesagt habe, mit dem Kläger am 11., 15. und 23. März 1914 geschlechtlich verkehrt zu haben. Der Antrag des Klägers, die Zeugin nachträglich zu vereidigen, wurde abgelehnt und dazu bemerkt, ihre bisherigen Aussagen könnten dem Kläger nichts nützen, der Eid aber dürfe nicht dazu dienen, eine Zeugin, deren Angaben Mißtrauen entgegengebracht wird, zu einer Änderung ihrer Aussage zu bestimmen. Die Revision hält diese Begründung für rechtsirrig, da der Eid geradezu bezwecke, einen Zeugen zu einer wahrheitgemäßen Aussage, also auch nötigenfalls zu einer Änderung einer bisher unwahren Aussage zu bestimmen. Diese Rüge wegen Verletzung der §§ 391. 393 ZPO. kann keinen Erfolg haben.

Zuzugeben ist, daß der schriftstellerisch, auch mitunter in der Rechtsprechung vertretene Standpunkt, wonach die nachträgliche Vereidigung nach § 393 Abs. 2 ZPO. nur dazu dienen dürfe, das Gewicht einer für glaubwürdig erachteten Aussage zu verstärken, der Bedeutung des Eides nur einseitig gerecht wird. Denn wenn der Eid überhaupt die Wahrheit der Zeugenaussagen tunlichst gewährleisten soll, so muß dieser Grundgedanke auch bei der Anordnung der nachträglichen Vereidigung nach § 393 Abs. 2 ZPO. gelten, also auch für den Fall, daß das Gericht von der nachträglichen Vereidigung erwartet, es werde der Zeuge seine möglicherweise unwahre Aussage berichtigen. Ob der Zeuge, der das Zeugnis sogleich hätte verweigern können, auch den nachträglich erforderten Eid verweigern kann, kommt bei der Anordnung der Vereidigung selber nicht in Frage. — Daß aber das Ber.-Gericht sich zu der Ablehnung der nachträglichen Vereidigung der Zeugin durch eine rechtswidrige Verkennung seiner Befugnisse hätte bestimmen lassen, kann nicht angenommen werden. Es hat die Glaubwürdigkeit der Zeugin, die als Frau des Klägers und als Mutter des Beklagten nach § 383 Nr. 2. 3 ZPO. uneidlich vernommen ist und deren Vereidigung auch nach § 384 Nr. 2 gesetzlich nicht geboten war, nicht bezweifelt. Es hat ferner ihre Aussage über den mit dem Kläger im März 1914 gepflogenen Geschlechtsverkehr, so wie sie die Verhältnisse und Umstände näher dargelegt hat, als wahrheitgemäß aufgefaßt. Daraufhin konnte das Ber.-Gericht nach seinem freien sachlichen Ermessen, das vom Rev.-Gericht nicht nachzuprüfen ist, und trotz des etwaigen Mißtrauens des Klägers gegen

die Aussage seiner Frau deren nachträgliche Vereidigung ohne Prozeßverstoß ablehnen.

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 22. März 1917. R. w. R. (OLG. Stuttgart). IV. 399/16. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 18 S. 81.

---

46. Wie weit ist das Ber.-Gericht in einer zurückverwiesenen Sache an die Entscheidung des Reichsgerichts gegenüber neuen Tatsachen gebunden?

Vgl. 67 Nr. 66 m. N.
ZPO. §§ 565 Abs. 2.

Der verklagte Konk.-Verwalter wollte gegen die Konk.-Forderung der Klägerin mit einer Schadenersatzforderung aufrechnen, zu deren Begründung er geltend machte, daß die Rechtsvorgängerin der Klägerin den zwischen ihr und dem Gemeinschuldner bestehenden Agenturvertrag schuldhaft verletzt, namentlich durch ständige Ablehnung angebotener Geschäfte über Holzlieferungen dem Gemeinschuldner eine gewinnbringende Agenturtätigkeit unmöglich gemacht habe. Das Ber.-Gericht hatte in seinem früheren Urteil die Ersatzforderung für unbegründet erklärt und den Anspruch der Klägerin als Konk.-Forderung festgestellt. Durch Urteil des Reichsgerichts v. 30. Jan. 1914 wurde das Ber.-Urteil aufgehoben und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an einen andern Senat des Ber.-Gerichts zurückverwiesen. Mit Rücksicht auf den Inhalt des Rev.-Urteils beschränkte das Ber.-Gericht die Verhandlung auf die Höhe des Ersatzanspruchs und wies dann die Klage in Höhe der Gegenforderung ab. Die Klägerin legte Revision ein. Sie beanstandete die Beschränkung der Ber.-Verhandlung auf die Höhe des Ersatzanspruchs, da sie neue Tatsachen zum Grunde dieses Anspruchs geltend zu machen habe. — Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Das Rev.-Urteil v. 30. Jan. 1914 kommt in seinen Entscheidungsgründen zu dem Ergebnisse, daß der Schadenersatzanspruch des Beklagten dem Grunde nach gerechtfertigt, und daß nur noch über seine Höhe zu entscheiden sei. — — — Für die bindende Kraft des Rev.-Urteils kommt nur § 565 Abs. 2 ZPO. in Betracht. Gerade diese Vorschrift, der das Ber.-Gericht eine solche Bedeutung nicht beimessen will, rechtfertigt aber die von ihm angeordnete Beschränkung. Schließt auch § 565 Abs. 2 die Berücksichtigung neuer Tatsachen nicht grundsätzlich aus (vgl. RGEntsch. 76, 190), so läßt sich doch nur nach dem Inhalt des Rev.-Urteils im einzelnen Falle beurteilen, inwieweit für eine wiederholte Erörterung der tatsächlichen Grundlagen noch Raum ist. Die rechtliche Beurteilung, die nach § 565 Abs. 2 für das Ber.-Gericht maßgebend sein soll, umfaßt nicht bloß die Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze, sondern auch ihre Anwendung auf den Sachverhalt. Hat also das Rev.-Gericht diese Anwendung selbst vorgenommen, so ist dies auch für das Ber.-Gericht bindend. Allerdings

handelt es sich dabei zunächst um den Sachverhalt, der dem Rev.-Gericht vorlag. Der Gedanke, der dieser Bindung zugrunde liegt, ist aber folgender: Das Rev.-Gericht sollte eigentlich den Rechtsstreit, der im Wege der Revision zu seiner Würdigung gelangt, selbst erledigen. Tut es dies nicht, was nach der auf Gründen der Zweckmäßigkeit beruhenden Ordnung des § 565 ZPO. die Regel bildet, dann erledigt das Ber.-Gericht die Sache, soweit es seiner Erledigung überhaupt noch bedarf, kraft der ihm vom Rev.-Gericht erteilten Anweisung, und es ist deshalb auch an diese Anweisung gebunden. Hat das Rev-Gericht eine bestimmte Frage auf Grund des ihm vorliegenden Sachverhalts bereits abschließend bejaht, dann steht es dem Ber.-Gericht nicht mehr zu, ihre Beantwortung, sei es auch auf Grund neuer Tatsachen, in Zweifel zu ziehen. Die gegenteilige Auffassung würde eine unbeschränkte und unabsehbare Wiederholung der Erörterung bereits völlig und abschließend erledigter Streitpunkte ermöglichen, die nicht bloß der in § 565 Abs. 2 beabsichtigten Begrenzung der Aufgabe des Ber.-Richters widersprechen würde, sondern überhaupt mit den Anforderungen einer gesunden Prozeßführung unvereinbar wäre und insbesondere eine unerträgliche Prozeßverschleppung zur Folge haben müßte. Um die abschließende Erledigung einer bestimmten Frage aber handelte es sich hier, wenn auf Grund des unstreitigen oder, soweit bestritten, festgestellten Sachverhalts im Rev.-Urteil ausgeführt wurde: eine schuldhafte Vertragsverletzung durch die Rechtsvorgängerin der Klägerin liege vor und lasse den Schadenersatzanspruch des Beklagten dem Grunde nach als gerechtfertigt erscheinen, über die Höhe werde das Ber.-Gericht unter Berücksichtigung des Vorbringens der Streitteile nach § 287 ZPO. zu entscheiden haben. Die Anweisung an das Ber.-Gericht, die rechtliche Beurteilung i. S. des § 565 Abs. 2, ging gerade dahin, daß die Frage des Grundes der Gegenforderung erledigt sein und nur noch ihre Höhe geprüft werden sollte. Das Ber.-Gericht durfte daher den Grund der Gegenforderung nicht mehr in Zweifel ziehen, und es war deshalb auch gerechtfertigt, daß es durch Beschränkung der Verhandlung auf die Frage der Höhe eine Erörterung des Grundes von vornherein ausschloß. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 13. März 1917. M.&Co. (Kl.) w. G. Konk. III. 398/16. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 7 S. 23.

I. Bürgerliches Recht.

47. Die Drohung muß für den Abschluß des angeblich erzwungenen Rechtsgeschäfts bestimmend gewesen sein.

Vgl. 64 Nr. 148 m. N.

BGB. § 123.

Den Einwand des Vergleichs suchte die Klägerin durch die Behauptung zu entkräften, sie sei zum Abschluß des Vergleichs bestimmt worden durch die Drohung des Beklagten, er werde, wenn sie nicht auf seine Bedingungen eingehe, überhaupt nichts zahlen und es schon so einrichten, daß sie ihm in Rußland nichts anhaben könne, auch sonst in Rußland Schwierigkeiten bereiten. Die Replik der Drohung wurde für nicht beachtlich erklärt aus folgenden Gründen:

„Die Klage steht und fällt mit der Beantwortung der Frage, ob die Klägerin durch Drohung zum Abschluß des Vergleichs bestimmt worden ist. Diese Frage muß aber verneint werden. Zwar verlangt das Bürgerl. Gesetzbuch zum Tatbestande der Drohung nicht Erheblichkeit des in Aussicht gestellten Übels, um so gewissenhafter wird aber der Richter die Frage zu prüfen haben, ob die Drohung in der Tat bestimmend für die Willenserklärung des Bedrohten gewesen ist. Im vorliegenden Fall kommt in Betracht, daß der Beklagte ein Russe ist und in Rußland wohnt. Die russischen Verhältnisse waren auch vor dem Kriege, namentlich in den Nachbarprovinzen allenthalben bekannt. Man wußte sehr genau, daß, wenn der Schuldner nicht gutwillig zahlte oder sich einigte, im Wege des Zwanges nichts zu erreichen war, und daß ein solcher Schuldner Mittel und Wege genug hatte, um sich seiner Zahlungsverbindlichkeit zu entziehen. Auch der Klägerin waren diese Verhältnisse nicht unbekannt, wie sie in 1. Instanz bereits zugegeben hat. Wenn unter diesen Umständen der Beklagte der Klägerin wirklich erklärt haben sollte, falls sie auf die Zahlungsbedingungen nicht eingehe, so werde er überhaupt nichts zahlen, er werde es so einrichten, daß die Klägerin ihm in Rußland nichts anhaben könne, so hat er sie nur auf etwas hingewiesen, was ihr selbst schon hinlänglich bekannt war und worauf sie, auch wenn der Beklagte keinen Ton darüber gesagt hätte, ohne weiteres hätte rechnen müssen und offenbar gerechnet hat. Be-

zeichnend in dieser Beziehung ist, daß die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen schon vor dem Vergleich von Äußerungen des Beklagten, er werde ihr nichts zahlen, sie werde ihm bei den unsicheren Verhältnissen in Rußland nichts anhaben können, Kenntnis erhalten hat, und daß ihr Anwalt ihr darauf geraten hat, einen Vergleich abzuschließen, um nicht alles zu verlieren, diesen Vergleich aber dann wegen der angeblichen Drohung anzufechten. Hatte aber die Klägerin schon ohne daß der Beklagte etwas davon sagte, das Bewußtsein, daß sie, wenn sie sich auf einen Vergleich nicht einließ, von dem Beklagten nichts erhalten, und daß der Beklagte es so einrichten werde, daß sie ihm in Rußland nichts anhaben könne, so kann der Hinweis auf diese ihr längst bekannte Tatsache für sie nicht bestimmend zu dem Vergleich gewesen sein. Es fehlt also an dem erforderlichen Kausalzusammenhang. Allerdings soll der Beklagte auch noch hinzugefügt haben, er werde der Klägerin auch sonst in Rußland Schwierigkeiten machen. Indes diese Drohung ist zu allgemein und unbestimmt und läßt in keiner Weise erkennen, was das für Schwierigkeiten seien und worauf sie sich beziehen sollen. Sie konnte daraus nicht entnehmen, was für ein Übel und für welche Fälle es in Aussicht gestellt werde. Wegen dieser Allgemeinheit und Unbestimmtheit kann weder in solcher Äußerung eine Drohung erblickt noch auch angenommen werden, daß die Klägerin dadurch irgendwie in ihrem Willen beeinflußt worden sei.

Hiernach ist der Vergleich wirksam."

Urteil des OLG. zu Königsberg (1. Sen.) v. 25. Sept. 1917. 2 U. 6/17.
Th.

---

48. Kettenhandel als unlautere Machenschaft.

BGB. § 134.

BRVO. v. 23. März 1916 § 5; v. 24. Juni 1916 § 11.

Die Beklagte hatte der Klägerin am 13. Mai 1916 einen Posten Schokolade zum Preise von 7,60 ℳ für das kg verkauft, aber nicht geliefert; Die Beklagte hatte diese Ware am selbigen Tage von der Firma P. F. Schr. und diese von der Herz. Schl.-Holst. Kakao-Ges. gekauft. Klägerin klagte auf Schadenersatz, weil sie die Ware mit Gewinn weiterverkauft habe. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Klage ist unhaltbar. Der Vorderrichter bezeichnet das vorliegende Geschäft zutreffend als ein Kettenhandelsgeschäft. Ein solches ist es auch im wahren Sinne des Wortes, denn im Lauf weniger Stunden ging die Ware von der Fabrikantin, bei der sie übrigens lagern blieb und nach der Absicht sämtlicher Vertragsparteien zunächst auch lagern bleiben sollte, über drei Personen, nämlich P. F. Schr., die Beklagte, die Klägerin, die die Ware auch gleich weiterverkauft hat, und soll dann schließlich der Fabrikantin, die sie mit 7,50 ℳ für das kg abzüglich 10% an P. F. Schr. verkauft hatte, am Abend

zu 9,70 *M* wieder angeboten worden sein. Mit Unrecht meint aber der Vorderrichter, daß die Beurteilung des Geschäfts als Kettenhandelsgeschäft ohne rechtliche Bedeutung sei, da die Verordnung v. 24. Juni 1916 auf das vorliegende Geschäft nicht zur Anwendung komme. Daß diese Verordnung hier nicht zur Anwendung kommt, ist richtig. Damit erledigt sich indessen die Frage nach der Rechtsgültigkeit dieses Geschäfts keineswegs. In § 11 dieser Verordn. wird der Kettenhandel als ein Beispiel der „unlauteren Machenschaften" bezeichnet. Solche unlauteren Machenschaften verbietet aber für Gegenstände des täglichen Bedarfs, insbesondere Nahrungsmittel aller Art, der § 5 Verordn. v. 23. März 1916, die auf das vorliegende Geschäft anwendbar ist. Der Kettenhandel, wie er hier betrieben worden ist, ist im Sinn der Verordn. v. 23. März 1916 als unlautere Machenschaft anzusehen. Das Gericht schließt sich in bezug auf die Beurteilung des Kettenhandels der Entscheidung des Reichsgerichts v. 23. März 1917 in JW. 1917, 727 an. Darnach ist als unlautere Machenschaft anzusehender Kettenhandel i. S. der Kriegsverordnungen jedes Einschieben eines Zwischengliedes in den Verteilungsprozeß einer Ware, das für die allgemeinen Bedürfnisse der Kriegswirtschaft unnütz ist und lediglich aus eigensüchtigen Interessen erfolgt. Der Zwischenhandel erfüllt eine berechtigte wirtschaftliche Aufgabe, selbst wenn er sich in mehreren Gliedern dazwischen schiebt, sofern dabei ein arbeitteiliges Zusammenwirken stattfindet und er lediglich Mittel zu dem Zweck ist, die Ware in einer den verschiedensten Bedürfnissen entsprechenden Weise dem Verbraucher zuzuführen. Dann übt jedes Zwischenglied in dieser Verteilung eine besondere Funktion aus, erfüllt eine eigene wirtschaftliche Aufgabe. Davon kann im vorliegenden Fall nicht entfernt die Rede sein. Eine solche besondere wirtschaftliche Aufgabe hätte der Nebenintervenient P. F. Schr. erfüllen können, der, wie gerichtsbekannt ist, ein sehr großes Delikatessen-Detailgeschäft betreibt und dem die Herz. Schl.-Holst.sche Kakaogesellschaft die Ware ausdrücklich mit der Bedingung verkauft haben will, sie dem verbrauchenden Publikum direkt zuzuführen. Dagegen diente die Rückgabe der Ware von P. F. Schr. an den Großhandel, in dem sie dann im Laufe weniger Stunden von Hand zu Hand lief, nur zu einer Verteuerung der Ware. Diese Zwischenglieder haben garnicht den Gedanken gehabt, eine besondere wirtschaftliche Aufgabe zu erfüllen, sondern lediglich den des eigenen Gewinns. Ein solches Verhalten ist aber aus guten Gründen gegenüber Gegenständen des täglichen Bedarfs im Kriege nicht gestattet, da das Korrektiv des unbeschränkten freien Handels, das für die Bedürfnisse der Bevölkerung genügende Angebot, fehlt. Daß es sich hier um einen Gegenstand des täglichen Bedarfs i. S. dieser Verordnung handelt, hat die Klägerin mit Unrecht bestritten. Die Verordnung bezeichnet insbesondere als Gegenstand des täglichen Bedarfs „Nahrungsmittel aller Art", und die Verordnung des Reichskanzlers v. 26. Mai 1916 führt als einen Gegenstand des täglichen Bedarfs ausdrücklich „Schokolade" auf, woraus sich schon ergibt, daß i. S.

des Kriegsverordnungsrechts die Schokolade als ein derartiger Gegenstand anzusehen ist.

Endlich trägt das Gericht auch keine Bedenken, festzustellen, daß die Parteien i. S. des § 5 Verordn. v. 23. März 1916 das vorliegende Geschäft abgeschlossen haben, „um den Preis zu steigern". Es folgt auch hier dem Urteil des Reichsgerichts v. 23. März 1917. Es genügt zum Vorsatz, daß die Parteien nicht nur das Bewußtsein gehabt haben, daß durch ihre Machenschaften der Preis der Ware für die Allgemeinheit verteuert werde, sondern daß sie diese Preissteigerung auch in ihren Willen aufgenommen haben. Es ist nicht etwa erforderlich, daß die Herbeiführung des Erfolges der Preissteigerung der ausschließliche Beweggrund für das Handeln der Parteien gewesen ist; vielmehr reicht es für den Vorsatz schon aus, daß die Parteien diesen Erfolg mit in ihren Willen aufgenommen haben. Das ist aber hier ohne Zweifel der Fall gewesen.

Darnach unterliegt das vorliegende Geschäft der Strafbestimmung des § 5³ Verordn. 23. März 1916 und ist es als solches nichtig. Die Klage war daher abzuweisen."

Urteil des OLG zu Hamburg (6. Sen.) v. 1. Nov. 1917. R. & M. w. J. Schn. Bf. VI. 139/17. Nö.

---

49. Verschulden des Käufers durch Nichtannahme der nach Ablauf der Nachfrist vom Verkäufer angebotenen Erfüllung.

Vgl. 60 Nr. 183 m. N.; 65 Nr. 207; auch 72 Nr. 31 m. N.
BGB. §§ 254. 326.

Die Beklagte hatte der Klägerin am 13. Febr. 1915 einen Posten holländisches Dörrgemüse verkauft, die Ware aber wegen des in Holland erlassenen Ausfuhrverbots nicht liefern können. Als nach Ablauf einer von der Klägerin gesetzten Nachfrist das Ausfuhrverbot zeitweise aufgehoben wurde, bot sie der Klägerin die Lieferung an, die jedoch von dieser abgelehnt wurde. Die Klage der Klägerin auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung wurde abgewiesen und die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Dem Landgericht ist darin beizustimmen, daß infolge des seit 11. Januar 1915 in Holland wirksamen Ausfuhrverbots für Konserven und von Samen und Hülsenfrüchten die Erfüllung des zwischen den Parteien am 13. Febr. 1915 abgeschlossenen Kaufvertrags über holländisches Dörrgemüse Julienne Ernte 1914 von Anfang an unmöglich war, der Vertrag daher gemäß § 306 BGB. nichtig ist. ——— Dem an sich begründeten Schadenersatzanspruch der Klägerin steht aber der Umstand entgegen, daß sie das nachträgliche Lieferungsangebot der Beklagten ohne jeden Grund abgelehnt hat. Wie das Reichsgericht in dem Urteil v. 30. Mai 1883 (SeuffA. 39 Nr. 38) überzeugend ausführt,

kann die Nichtannahme nachträglich angebotener Erfüllung der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs in bestimmter Richtung entgegenstehen; gewährt das nachträgliche Anerbieten der Ware dem Käufer alles das, für dessen Entgehen er den Verkäufer verantwortlich machen will, so kann er es nicht ablehnen, ohne sich um die Geltendmachung dieser Verantwortung zu bringen. Dieser für das Recht vor 1900 ausgesprochene Grundsatz muß unter der Herrschaft des Bürgerl. Gesetzbuchs um so mehr gelten, als der Gedanke, worauf er beruht, durch § 254 BGB. in erweitertem Umfang gesetzliche Anerkennung gefunden hat: wenn der Beschädigte es schuldhafterweise unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, so hängt die Schadenersatzpflicht sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden von dem einen oder andern Teil verursacht worden ist (vgl. Urteil des OLG. Hamburg v. 20. März 1905 in SeuffA. 60 Nr. 183).

Allerdings war die Klägerin zu der Zeit, als ihr die Beklagte das nachträgliche Angebot der Lieferung machte, berechtigt, auf Grund des § 307 (oder des § 326) Schadenersatz zu verlangen, und der ersatzberechtigte Käufer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, im Interesse des säumigen Verkäufers besondere Tätigkeit zu entwickeln (SeuffA. 45 Nr. 30). Es kann der Klägerin auch zugegeben werden, daß der Käufer im allgemeinen nicht verpflichtet ist, nachdem er mit Recht Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat, das nachträgliche Angebot des Verkäufers zu einem Deckungskauf anzunehmen (Urt. des RG. v. 15. April 1910 in JW. 1910, 613[4]). Das schließt aber die Anwendung des § 254 BGB. im Hinblick auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles nicht aus (vgl. LeipzZ. 1909, 143 Nr. 19). Wenn freilich der Käufer Grund zu der Befürchtung hatte, der Verkäufer werde ihm, wenn er dessen nachträgliches Angebot annehme, weitere unberechtigte Schwierigkeiten machen, ist für die Anwendung des § 254 kein Raum (vgl. das erwähnte reichsgerichtl. Urteil v. 15. April 1910). Zu einer solchen Befürchtung lag aber für die Klägerin im vorliegenden Falle nicht der geringste Anlaß vor. — — —"

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 3. Dez. 1917. H. & M. w. H. — L. 92/17. F—z.

---

50. Recht des Bürgen einer Hypothek, sich auf eine gemäß § 8 Bkm. vom 8. Juni 1916 getroffene Anordnung zu berufen.

BGB. §§ 767. 768 Nr. 1.

Eine für die Klägerin eingetragene, ihr von der Beklagten abgetretene Hypothek von 200000 ℳ war infolge nicht rechtzeitiger Zinszahlung fällig geworden. Die Beklagte hatte für die Hypothek im Abtretungsvertrage die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Durch Gerichtsbeschluß v. 16. Nov. 1916 war gemäß § 8 Bkm. über die Geltendmachung von Hypotheken, Grund-

schulden und Rentenschulden v. 8. Juni 1916 auf den Antrag des Schuldners und Grundeigentümers angeordnet worden, daß die Fälligkeit der Hypothek infolge der nicht rechtzeitigen Zahlung der Zinsen als nicht eingetreten gelte. Die Parteien streiten darüber, ob auch die Beklagte als Bürgin des Hyp.-Kapitals sich auf diesen Beschluß berufen kann oder nicht.

Die gleiche Frage ist schon nach den früheren Verordnungen v. 22. Dez. 1914 und 20. Mai 1915 streitig gewesen. Für den Standpunkt der Klägerin haben sich Heinitz in DJZ. 1915, 913ff. und Scholz in JW. 1916, 926 erklärt. Der Standpunkt der Beklagten wird dagegen vertreten von Nußbaum in JW. 1916, 932 und von Stillschweig dort 1916, 1071. Die letztere Auffassung ist für richtig zu erachten.

Eine ausdrückliche Entscheidung der Streitfrage ist aus den Vorschriften der Bkm. v. 8. Juni 1916 nicht zu entnehmen. Gemäß § 1 und § 8 kommt die Bewilligung von Zahlungsfristen und die Beseitigung von Rechtsfolgen lediglich für Ansprüche aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld in Betracht. Der Anspruch aus einer Bürgschaft für eine derartige Schuld ist kein Anspruch aus der Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld selbst, sondern ein selbständiger Anspruch aus dem zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen geschlossenen Bürgschaftsvertrage. Die Bürgschaft begründet keine Gesamtschuld mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners; vielmehr wird der Bürge Schuldner eines eigenen Schuldverhältnisses, dessen Gegenstand nicht die Hauptschuld selbst, sondern nur die Sicherung ihrer Erfüllung ist. Unmittelbar kann sich deshalb der Bürge auf die Vorschriften der Verordnung nicht berufen. Die Wirksamkeit der Beseitigung von Rechtsfolgen auch für den Bürgen ergibt sich aber aus den Vorschriften der §§ 767 und 768 Abs. 1 BGB., welche bestimmen, daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist und daß der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltendmachen kann. Es ist dies der Grundsatz, der für die ganze Regelung der Bürgschaft maßgebend ist. Er ergibt den Begriff der Bürgschaft als einer rein akzessorischen Schuldverbindlichkeit. Handelt es sich um die Bewilligung einer Zahlungsfrist i. S. des § 1 VO., so ergibt § 6 die Entscheidung unmittelbar. Wenn die Zahlungsfrist wie eine von dem Gläubiger bewilligte Stundung wirkt, so kommt dies nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB. dem Bürgen zugute. Das gleiche gilt aber auch für eine Anordnung i. S. des § 8 VO. Unter dem jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit, welche für die des Bürgen maßgebend ist, ist das rechtliche Dasein und der gegenständliche Umfang der Hauptverbindlichkeit zu verstehen. Ist die Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit nicht eingetreten oder nachträglich wieder weggefallen, so kann sich auch der Bürge hierauf berufen und Abweisung der gleichwohl erhobenen Klage verlangen. Es ergibt sich dies aus dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft. Wenn die Klägerin geltend macht, es liege ein selbständiger Verzug des Bürgen vor, der die Fälligkeit seiner Verbind-

lichkeit begründe und durch die Anordnung v. 16. Nov. 1916 nicht betroffen werde, auch überhaupt nicht unter die Verordn. v. 8. Juni 1916 falle, so ist damit die Rechtslage verkannt. Die Fälligkeit der Verpflichtung des Bürgen hängt ab von der Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit. Eine eigene Säumnis des Bürgen kommt überhaupt nicht in Betracht.

Auch aus dem wirtschaftlichen Zweck der Verordn. v. 8. Juni 1916 ist das Gegenteil nicht herzuleiten. Es ist allerdings richtig, daß diese Verordnung lediglich den Schutz des Grundbesitzes in Ansehung des Hypothekenkredits bezweckt. Insbesondere geht dies aus der Begründung (vgl. Güthe-Schlegelberger Kriegsb. 4, 65ff.) sowie aus der Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 hervor, wonach für den persönlichen Schuldner die Rechtswohltaten der Verordnung nur in Betracht kommen, soweit er gleichzeitig Eigentümer des belasteten Grundstücks ist. Unmittelbar kann aus der letzteren Vorschrift zugunsten des Standpunkts der Klägerin nichts hergeleitet werden. Allerdings steht der Bürge einer Hyp.-Forderung gegenüber dem ganzen Rechtsverhältnis ähnlich wie der persönliche Schuldner der der Hypothek zugrunde liegenden Verbindlichkeit, welcher nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Diese Ähnlichkeit ist aber nur äußerlicher Art. Das Rechtsverhältnis beider ist durchaus verschieden, wie aus der obigen Erörterung über den Begriff und das Wesen der Bürgschaft hervorgeht.

Auch sonst ergibt die Verordnung nichts, was gegen den Standpunkt der Beklagten geltend gemacht werden könnte. Unmittelbar kann aus dem wirtschaftlichen Zweck nichts hergeleitet werden, vielmehr sind nur die wirklich getroffenen Vorschriften und diejenigen Rechtsfolgen maßgebend, die sich aus der Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Bürgschaft gegenüber dem Gläubiger und dem Schuldner der Hauptverbindlichkeit ergeben. Es kann aber auch nicht zugegeben werden, daß der Bürge vollständig außerhalb des Kreises derjenigen Personen stände, denen der Schutz der Verordnung zugute kommen soll. Wird eine Bürgschaft für eine Hypothek übernommen, so ergibt es sich von selbst, daß diesem Verhältnis nähere Beziehungen zwischen dem Bürgen und dem Grundstückseigentümer und Schuldner der Hypothek zugrunde liegen müssen, die den Bürgen zur Übernahme der Bürgschaft bewogen haben. So liegt die Sache auch hier. Die Beklagte hatte dem Grundstückseigentümer das belastete Grundstück verkauft und war ursprünglich hinsichtlich ihrer Restkaufgeldhypothek Gläubigerin der streitigen Hypothek gewesen. Welcher Art die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Bürgen und dem Grundstückseigentümer sind, kommt allerdings rechtlich nicht in Betracht und entzieht sich auch der näheren Feststellung. Immerhin bilden auch diese rechtlichen Beziehungen ein bedeutsames Moment des Hypothekenkredits, und es läßt sich nicht allgemein sagen, daß diese rechtlichen Beziehungen völlig außerhalb des Kreises der durch die VO. v. 8. Juni 1916 geschützten Interessen lägen. Denkbar ist allerdings, daß die Übernahme einer Bürgschaft

auf persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Bürgen zu dem Gläubiger beruht. Auch im vorliegenden Fall ist die Bürgschaft übernommen in Verbindung mit der Abtretung der streitigen Hypothek von der Beklagten an die Klägerin. Es könnte ein Bürge vertraglich darauf verzichten, seinerseits sich auf die Rechte zu berufen, die ein Schuldner aus einem in Gemäßheit der Bkm. v. 8. Juni 1916 erlassenen Beschlusse erwachsen. Im vorliegenden Falle ist dies unmöglich. ——— Der Vertrag v. 6. Dez. 1913 ergibt keinen Anhalt dafür, daß die Beklagte einen derartigen Verzicht hätte aussprechen oder die Klägerin einen solchen hätte verlangen wollen, zumal mit Rücksicht auf die Zeit des Abschlusses dieses Vertrages lange vor Ausbruch des Krieges. ———

Es verbleibt also im vorliegenden Fall bei den Rechtsfolgen, die sich aus dem Begriff der Bürgschaft ergeben. Auch wirtschaftlich erscheint dies um so mehr als angemessen, als bei der entgegengesetzten Auffassung der Bürge einer doppelten Schädigung ausgesetzt sein würde, insofern er einerseits die Schuld zu einem früheren Zeitpunkt bezahlen müßte als der Verpflichtung des Hauptschuldners entspricht, anderseits nicht einmal von dem Hauptschuldner hierfür Ersatz vor Ablauf der diesem gewährten Frist erlangen könnte. Dieses Ergebnis würde unbillig sein und weit über die Zwecke hinausreichen, die der VO. v. 8. Juni 1916 zugrunde liegen.

Die Berufung ist darnach mit Anwendung der §§ 97. 708. Nr. 7 ZPO. zurückzuweisen.

Urteil des KG. zu Berlin (22. Sen.) v. 20. Sept. 1917. M. w. Landbank. 22 U. 1994/17. O. H.

---

51. Unberechtigte Verwendung eines Bauentwurfs; ungerechtfertigte Bereicherung.

Vgl. 9 Nr. 29; 63 Nr. 11.

BGB. § 812.

Die verklagte Stadtgemeinde hatte die Errichtung eines Garnisonlazaretts übernommen; sie hatte infolgedessen auch die Bauarbeiten, u. a. den Einbau einer Warmwasserheizung zu vergeben. Mit dem Schreiben v. 8. Januar 1917 fragte sie bei der klagenden Firma an, ob sie den Bauentwurf dazu „kostenlos und ohne jede Verbindlichkeit für den Bauherrn" anfertigen wolle. Die Klägerin fertigte daraufhin einen Bauentwurf einschließlich Kostenanschlags an und sandte ihn an die Beklagte ein. Diese verwendete nun einen Teil der Arbeiten der Klägerin, ohne ihr den Einbau der Anlage zu übertragen, in der Weise, daß sie den Kostenanschlag mit den Vordersätzen und dem Texte sämtlicher Einzelpositionen in einer unter Weglassung der Preisansätze von ihr hergestellten Abschrift einer Konkurrenzfirma A. B. mit der Aufforderung zugänglich machte, die Preise einzusetzen, die sie bei Übertragung der Arbeit fordern würde. Die Konkurrenzfirma füllte den Kostenanschlag dementsprechend

aus und erhielt die Bauausführung übertragen. Der von der Klägerin gegen die Beklagte erhobene Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung wurde, soweit er auf Vertrag, unerlaubte Handlung und Verletzung des § 36 UrhG. v. 19. Juni 1901 gestützt war, abgewiesen, dagegen aus ungerechtfertigter Bereicherung in 2. Instanz mit folgender Begründung anerkannt:

„— — — Zur Herausgabe der Bereicherung ist verpflichtet, wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt (§§ 812 ff. BGB.). Die Anwendung dieser Vorschrift kann nun nicht etwa schon aus dem Grunde in Frage kommen, weil die Beklagte die von der Klägerin auf deren Kosten hergestellten Arbeiten ohne Gegenleistung erhalten hat. Sie hat zwar insofern durch die Leistung der Klägerin und sofern diese Arbeit und Stoff auf das hergestellte Werk verwendet hatte, auch auf deren Kosten etwas erlangt, aber das ist nicht ohne rechtlichen Grund geschehen, sondern mit Willen der Klägerin und auf Grund ihres Angebots, auf ihre Kosten die Arbeit für die Beklagte auszuführen. Allerdings muß davon ausgegangen werden, daß die Klägerin nur unter gewissen Voraussetzungen der verklagten Stadtgemeinde die Arbeiten kostenlos zur Verfügung stellen wollte, nur zu bestimmten Zwecken, damit sie nämlich für den inneren Dienst ihrer Behörden gebraucht, zu deren Unterrichtung und zur Vorbereitung ihrer Entschließung, ob der Klägerin der Auftrag erteilt werden sollte, zu dienen hätten. Daraus folgt aber, daß die Anwendung der Grundsätze über rechtlose Bereicherung auch nur so lange ausgeschlossen bleiben kann, als die Beklagte von den Arbeiten den bestimmungmäßigen Gebrauch machte. Dagegen ändert sich die Rechtslage in dem Augenblick, wo sie diese Grenze überschritt und durch bestimmungwidrige Verwendung sich einen Vermögensvorteil verschaffte. Was sie dadurch erlangte, hat sie nicht mehr mit dem Willen der Klägerin, sondern gegen deren Willen, also auch ohne rechtliche Billigung erlangt. Schon diese gegenständliche (objektive) Widerrechtlichkeit genügt, abgesehen von jedem Verschulden, um die Voraussetzung zu erfüllen, daß sie den durch die eigenmächtige Verwendung der von der Klägerin hergestellten Arbeiten erlangten Vorteil ohne rechtlichen Grund erworben hat. Dieser Vorteil bestand aber in der auf Grund der Aussage des Zeugen N. ziffermäßig genau festlegbaren Ersparnis von 200 M. Daß sie mehr noch erlangt hätte, ist nicht nachgewiesen und würde nicht etwa schon dann als nachgewiesen gelten können, wenn etwa die Firma A. B. durch die Benutzung der Vorarbeiten der Klägerin noch mehr an Zeit und Kosten erspart hätte; denn eine Bereicherung der Beklagten kann nur nach Höhe desjenigen Betrags angenommen werden, um welchen ihr der Preis von der Firma A. B. mit Rücksicht auf die Ausnutzung der von der Klägerin geleisteten Arbeit billiger gestellt worden ist. Wenn nun weiter festzustellen wäre, daß die Beklagte diesen Vorteil auf Kosten der Klägerin erlangt habe, so wären alle Voraussetzungen für die Anwendung des § 812 BGB. gegeben. Nun darf aber das Erfordernis

der Bereicherung auf Kosten eines anderen nicht so eng aufgefaßt werden, daß es nur gegeben wäre, wenn Vermögenswerte unmittelbar aus dem Vermögen des einen in das des andern übergehen, sondern es ist schon dann erfüllt, wenn der Vermögensstand des einen durch die dem anderen Vorteil bringende Handlung überhaupt nachteilig berührt wird, beispielsweise insofern, als jenem die Möglichkeit durch sie entzogen wird, seinerseits einen Gewinn zu machen. Nun ist aber die Klägerin allerdings durch das Verfahren der Beklagten um einen Vermögenszuwachs gebracht worden, wie die tatsächlichen Verhältnisse ergeben. Die Klägerin hat nämlich schon im 1. Rechtsgang unangefochten behauptet, daß, wenn die Beklagte sie vorher gefragt hätte, ob sie deren Arbeit so wie nachher geschehen verwenden dürfe, sie zwar die Erlaubnis gegeben, aber dafür eine Vergütung verlangt haben würde, wie sie das Kriegsministerium üblicherweise zahle, wenn es sich derartige Vorarbeiten von jemand herstellen lasse und ihm dann den Auftrag zur Ausführung des Werkes selbst nicht erteile. Die Klägerin würde also, wie sie selbst sagt, 1% der Bausumme verlangt haben, und es darf bei der Dringlichkeit, die die Angelegenheit unbestrittenermaßen hatte, unbedenklich unterstellt werden, daß die verklagte Stadtgemeinde, deren Oberhaupt offenbar sehr viel daran gelegen war, die andre Firma statt der Klägerin heranzuziehen, dieser anstandlos den Betrag bewilligt hätte, um so mehr, als sie sich sagen mußte, daß sie durch die Benutzung der Vorarbeiten auf der andern Seite etwas ersparen würde. Es deckt sich demnach das, was der Klägerin entgangen ist, gerade mit dem, was die Beklagte erlangt hat, und letztere muß daher für verpflichtet erachtet werden, der Klägerin herauszugeben, was sie durch die objektiv unzulässige Verwendung ihrer Vorarbeiten erlangt hat und was, wenn sie richtig gehandelt hätte, dieser zugeflossen wäre.

Dieses Ergebnis entspricht auch in hohem Maße der Billigkeit, und es steht im Einklange mit einem Rechtsgrundsatz, den das Reichsgericht — wenn auch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts (RGEntsch. 45, 173, in SeuffA. 55 Nr. 143) — dahin ausgeprägt hat, es sei mit dem natürlichen Rechtsgefühl unvereinbar, daß jemand das unangefochten behalte, was er durch eine widerrechtliche Handlung (im weitesten Sinne, also auch nur objektiv widerrechtliche Handlung) erlangt und dem durch sie in seinen Rechten Verletzten entzogen hat.

Vgl. auch ROHGEntsch. 22.331; RGEntsch. 43, 56. in SeuffA. 54 Nr. 173; 46, 14; 70, 249.

Auch für das Urheberrecht ist der Grundsatz, daß, wer zwar nicht schuldhaft, wohl aber objektiv widerrechtlich in fremdes Recht eingreift und dadurch Vermögensvorteile erlangt, zu deren Herausgabe nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet sei, im früheren Recht (§ 55 Abs. 4 Ges. v. 11. Juni 1870) zum Gesetz erhoben, aber auch für das geltende Recht vorwiegend anerkannt worden (vgl. Riezler Urh.- und Erfinderr. § 28)— —."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 27. Sept. 1917. 5 O. 8/17. — Ch.

52. Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage.

§§ 249. 824 BGB.
Vgl. 69 Nr. 240 m. N. 71 Nr. 164.

Die gegenwärtige Klage ist, wie das Ber.Gericht zutreffend annimmt, nicht die Schadenersatzklage auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes (§ 249 BGB.) in der Form der Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen; sie ist vielmehr die vorbeugende Unterlassungsklage, darauf gerichtet, neue schadenstiftende Handlungen zu verhüten. Die Unterlassung eines künftig als drohend gedachten Eingriffs in den Rechtskreis eines andern bedeutet an sich nicht die Wiederherstellung eines Zustandes der Vergangenheit, sondern sie läßt einen künftigen nicht zur Entstehung kommen. Nur in den Fällen, wo nicht einzelne Handlungen, sondern fortlaufende Beeinträchtigungen in Frage stehen, kann die fernere Unterlassung die Beseitigung des eingetretenen Schadens bedeuten, wie die Aufhebung und fernere Unterlassung von Sperr- und Boykottmaßregeln, die Entfernung und Nichtwiederveröffentlichung von Plakaten;

vgl. RGEntsch. 48, 114; 56, 271; 57, 157; 60, 12, 20; 88, 130; Warn. Rspr. 1908 Nr. 576; 1913 Nr. 10.

Davon ist im gegebenen Fall keine Rede; die Klage auf Unterlassung fernerer Kundgabe der vom Kläger behaupteten wahrheitwidrigen Ausstreuungen der Beklagten ist lediglich vorbeugenden Charakters; sie will weitere Handlungen derselben Art verhüten.

Die vorbeugende Unterlassungsklage aber, die nicht den Charakter einer Schadenersatzklage auf Wiederherstellung, sondern einer Abwehr künftiger rechtswidriger Eingriffe in den Rechtskreis der Kläger hat, ist nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht unbeschränkt zulässig. Sie ist allgemein im bestehenden bürgerlichen Recht nicht vorgesehen und erfordert den Nachweis eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses. Dies insbesondere dann, wenn die Unterlassung von Handlungen begehrt wird, die bereits durch Strafgesetz einem jeden verboten sind. Es gibt keine zivilrechtliche Klage gegen den Ehebrecher auf Unterlassung weiterer Ehebruchshandlungen, gegen den Dieb auf Unterlassung weiterer Diebstähle, auch nicht gegen den Beleidiger auf Unterlassung weiterer Beleidigungen (vgl. RGEntsch. 77, 217; 82, 59, in SeuffA. 69 Nr. 33; 88, 130).

Ein dringendes und besonderes Rechtsschutzbedürfnis ist aber für den gegebenen Fall vom Kläger nicht dargetan, der sich darauf beschränkt hat, die Behauptung der Äußerungen der Beklagten vorzutragen und darauf das Unterlassungsverlangen zu stützen. Die Revision verkennt das auch nicht; sie wirft dem Ber.-Gericht nur vor, daß es nicht geprüft habe, ob nicht ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis bestehe, und daß es unterlassen habe, durch Ausübung des Fragerechts den Kläger auf die Notwendigkeit einer Begründung seiner Klage nach dieser Richtung hinzuweisen. Allein das Fragerecht

des § 139 ZPO. hat nicht den Zweck, dem Kläger für eine erhobene Klage erst die notwendige Begründung an die Hand zu geben; es ist dazu bestimmt, Unklarheiten zu beseitigen, Ergänzungen in den Angaben herbeizuführen, nicht aber einer Klage erst den Boden zu bereiten, auf dem sie Aussicht auf Erfolg haben kann.

Es kommt für den gegebenen Fall aber ferner in Betracht, daß die von dem Beklagten nach dem Vortrage des Klägers verbreitete Behauptung, der Kläger sei der Vater eines von der Beklagten zu 1 geborenen unehelichen Kindes, als die Ehre oder den Ruf des Klägers verletzend und deshalb die Grundlage einer Rechtsverfolgung gemäß §§ 186. 187 StGB. in Verb. mit § 823 Abs. 2 BGB. oder gemäß § 824 BGB. nur insofern angesehen werden kann, als jene Behauptung zugleich die Behauptung eines unsittlichen Verkehrs des Klägers mit der Beklagten zu 1 einschließt. Dem Kläger kommt es aber, wie die Begründung der Klage und wie auch die Ausführung der Revision dartut, nicht darauf an, eine Behauptung der Beklagten in der letzteren Richtung aus der Welt zu schaffen; er will vielmehr festgestellt wissen, daß er nicht der Vater eines unehelichen Kindes der Beklagten zu 1 sei. Für eine solche Feststellung ist aber die Klage auf Unterlassung der weiteren Behauptung dieser Vaterschaft keinesfalls ein gegebener Weg.

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 5. Nov. 1917. VI. 232/1917. Auch in RGEntsch. 91 Nr. 65. S. 266. Ch.

---

53. Verletzung bei dem Betriebe einer Eisenbahn; höhere Gewalt, wenn Vorbeugungsmaßregeln ungewöhnlich schwierig waren.

Vgl. 60 Nr. 170 m. N., Nr. 190.
HaftpflG. § 1.

Der Kaufmann Ernst M. in Halle, der bei der Klägerin gegen Unfall versichert war, ist am 16. Okt. 1913 dadurch zu Schaden gekommen, daß er, auf einem Zweirad fahrend, auf dem Wege von Dölau nach Halle, neben welchem das Geleise der von der Beklagten betriebenen Halle-Hettstädter Eisenbahn einherläuft, gestürzt ist und sich die rechte Hand verletzt hat. M. stellt den Vorgang so dar, daß er in dem Augenblick, als er der Lokomotive eines ihm begegnenden Zuges vorbeigefahren war, einen stechenden, wie von einem fliegenden Funken herrührenden Schmerz im Auge empfunden habe, daß er unwillkürlich mit der Hand nach dem Auge fahrend die Gewalt über das in ziemlich schneller Fahrt befindliche Rad verloren habe und dadurch in den neben der Straße herlaufenden Graben stürzend mit der rechten Hand unter die Räder des Zuges geraten sei.

Den ihm nach seiner Ansicht zustehenden Anspruch auf Schadenersatz hat M. an die Klägerin abgetreten, den diese hier geltend macht.

Nach den Feststellungen des Vorderichters ist an der Unfallstelle der Eisenbahnkörper von dem Wege zunächst durch einen schmalen, etwa 25 cm

tiefen Graben, sodann durch eine Reihe auf 9—$9^1/_2$ m Abstand stehender Bäume getrennt. Die Entfernung der nächsten Schiene von den Bäumen ist 2,80 m. Der Vorderrichter verneint die Haftung der Eisenbahn, weil der Unfall durch höhere Gewalt herbeigeführt sei. Die Entscheidung beruht auf zutreffender Rechtsanwendung. Die Angriffe der Revision sind nicht begründet.

Der Vorderrichter hat höhere Gewalt angenommen. Er gibt zu, daß der Unfall nicht eingetreten wäre, wenn der Eisenbahnkörper an der betreffenden Stelle durch Mauer oder Zaun gegen den Weg getrennt gewesen wäre; eine solche Maßregel sei aber unter den obwaltenden Verhältnissen der Beklagten nicht zuzumuten; es sei auf das Verhältnis zwischen dem angestrebten Erfolge und den aufzuwendenden Mitteln Rücksicht zu nehmen; Maßregeln, welche den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens überhaupt ausschließen, seien nicht zu fordern. Im vorliegenden Falle hätte die Beklagte den Bahnkörper vom Wege hinlänglich zweckmäßig und vorsichtig getrennt gehabt; es verhalte sich hier wesentlich anders, als wenn die Schienen auf den Weg selbst gelegt werden, wie bei der Straßenbahn, und wo dann durch einen solchen Fall des Radfahrers nur die in dem Betriebe liegende und mit ihm gegebene Gefahr ausgelöst werde, während es sich hier um ein ganz ungewöhnliches, mit dem Betriebe keineswegs schon seiner Natur nach verknüpftes Ereignis handle, durch das die Gefahr erst geschaffen worden sei.

Die Revision beruft sich demgegenüber auf die abweichende Beurteilung, welche in der Rechtsprechung Fälle gleicher Art finden, die sich im Betriebe einer Straßenbahn ereignen. Die Tatsache ist richtig. Aber dabei wird das entscheidende Gewicht darauf gelegt, daß dort Fälle dieser Art nicht selten sind, daß unter den dort obwaltenden Verhältnissen mit ihnen allermaßen zu rechnen ist, so daß es sich um eine mit dem Betrieb unzertrennlich verbundene Gefahr handelt, die der Unternehmer dadurch auf sich nimmt, daß er den Betrieb eröffnet. Es kommt dabei in Betracht, daß die Straßenbahn nach ihrer Zweckbestimmung sich für ihren Betrieb derselben öffentlichen Straße bedienen muß, auf der sich der allgemeine Verkehr bewegt, wobei dann die Vorgänge jenes Betriebes und dieses Verkehrs derartig ineinandergreifen, daß eine ständige gegenseitige Rücksichtnahme stattfinden muß, so daß sich kaum noch sagen läßt, daß die Ereignisse des allgemeinen Verkehrs als von außerhalb des Betriebes eingreifende Vorkommnisse anzusehen seien. Das liegt bei einer Eisenbahn ganz anders, die ihren eigenen Bahnkörper besitzt, von dem jeder andre Verkehr ferngehalten wird. Wie weit man bei der Anordnung von Sicherungsmaßregeln hier zu gehen hat, läßt sich nicht wohl grundsätzlich bestimmen, sondern ist von der Lage des einzelnen Falles, insbesondere von den örtlichen Verhältnissen, von der Art des Bahnbetriebes und dem Grade seiner Gefährlichkeit, die verschieden sein können, abhängig. Daß der Vorderrichter hier unter den oben angegebenen Verhältnissen weitere besondere Vorsichtsmaßregeln nicht für erforderlich erachtet hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden,

wie der Unfall denn auch, der eigenen Darstellung des Verletzten entsprechend, nur in einer unglücklichen Verkettung der Umstände und des Verlaufs der Dinge seine Erklärung findet. Die Revision vermißt den Nachweis, daß die Schutzmaßregeln, welche erforderlich gewesen wären, die Wirtschaftlichkeit des ganzen Unternehmens in Frage gestellt hätten. Das ist indessen nicht unerläßliche Voraussetzung. Nach den obwaltenden Umständen konnte der Vorderrichter auch ohne das den Unfall auf höhere Gewalt zurückführen. Daß der Unternehmer unbedingt wirkungvolle Vorkehrungen gegen solche Unglücksfälle trifft, etwa durch Errichtung von Mauern oder dichten Zäunen, kann ihm im Hinblick auf die zu dem ungewöhnlichen, kaum voraussehbaren Anlaß außer Verhältnis stehenden Schwierigkeiten und mannigfaltigen Unzuträglichkeiten nicht angesonnen werden.

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 13. März 1916. Zür. Allg. Unf.VG. (Kl.) w. L. & Co. (OLG. Naumburg). VI. 456/15.

---

54. Begriff des Halters eines Kraftwagens.

Vgl. 60 Nr. 7; 65 Nr. 8.

KFG. § 7.

Der Artist Z. fuhr im März 1913 mit einem Kraftwagen nach Kiel und überfuhr dort den Kläger. Dieser verlangte Schadenersatz, und zwar von Z. als Führer, von der Witwe Fr. als Halterin des Kraftwagens. Die Klage gegen die Witwe Fr. wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Ob die Beklagte Fr. an dem in Rede stehenden Kraftwagen rechtswirksam das Eigentum erlangt hat, steht dahin. Es bedarf aber keiner Entscheidung der Eigentumsfrage. Zu prüfen ist vielmehr lediglich, ob die Beklagte Halterin des Kraftwagens im Sinne des § 7 KrfG. v. 3. Mai 1909 war.

Für die Frage, wer als Halter eines Kraftfahrzeuges anzusehen ist, entscheidet nicht das Eigentumsrecht. Der Begriff des Halters ist erst allmählich in Anlehnung an die Rechtsprechung über den Begriff des Tierhalters nach § 833 BGB. entwickelt und festgestellt worden. Während der 1. Entwurf des oben erwähnten Reichsgesetzes neben dem Führer den ‚Betriebsunternehmer‘ haften ließ, wurde in den 2. Entwurf aus Anlaß eines Gesetzentwurfs des Kaiserl. Automobilklubs an Stelle des Betriebsunternehmers der Halter eingeführt mit dem Bemerken: ‚Nicht als Halter des Fahrzeugs hat derjenige zu gelten, dem lediglich die Benutzung des Fahrzeugs, sei es entgeltlich oder unentgeltlich überlassen wird, während der Überlassende nach wie vor die Kosten trägt, die durch die Aufbewahrung, Unterhaltung und Benutzung des Fahrzeugs verursacht werden‘. In der Rechtsprechung ist man demgemäß davon ausgegangen, daß die Rechtsstellung des Halters eines Kraftwagens vorwiegend auf tatsächlichen, namentlich wirtschaftlichen Beziehungen beruht;

daß es nicht darauf ankommt, ob er Eigentümer ist oder den Wagen als Mieter oder dgl. verwendet, sondern nur darauf, ob er ihn ‚für eigene Rechnung in Gebrauch hat und ob er diejenige umfassende Verfügungsgewalt über das Fahrzeug besitzt, welche ein solcher Gebrauch voraussetzt'.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so hält sich der Senat überzeugt, daß die Beklagte Fr. nicht als Halterin des fraglichen Kraftwagens angesehen werden kann. Aus der Zeugenaussage der uneidlich vernommenen Tochter der Beklagten, Frau Kr., der das Gericht vollen Glauben beimißt, geht hervor, daß die im Jahre 1854 geborene Beklagte sich nur deshalb bei der zuständigen Polizeibehörde als Eigentümerin des Gefährts eintragen und führen ließ, weil sie Sicherheit für die von ihr und ihrer Tochter dem Z., dem damaligen Bräutigam der letzteren, für den Ankauf des Wagens dargeliehenen 170 ℳ haben wollte. Im übrigen hat die Beklagte sich um das Kraftfahrzeug überhaupt nicht gekümmert, insbesondere, wie Frau Kr. bekundet, keine Unterhaltungskosten dafür entrichtet. Vielmehr ist Z. mit dem Wagen umher- und nach Kiel gefahren, wo er als Artist eine Anstellung anzutreten hatte. Er hat, wie auch Zeuge Gr. bekundet hat, für Aufbewahrung und Unterhaltung des Fahrzeugs gesorgt; wie denn auch er und nicht die Beklagte von der Behörde den vorgesehenen Erlaubnisschein erhalten hat. — — —

Die Klage gegen die Witwe Fr. ist daher mit Recht abgewiesen worden: der Berufung mußte der Erfolg versagt werden."

Urteil des OLG. zu Hamburg. (3. Sen.) v. 11. Dez. 1917. H. (W.) w. F. — Bf. III. 20/17. B.

55. Ehescheidung wegen Verbrechens und Verurteilung; Beweis des Empfindens der Ehrlosigkeit durch den andern Eheteil.

Vgl. 56 Nr. 78 m. N.; 58 Nr. 144.

BGB. § 1568.

Die Parteien hatten am 12. April 1904 die Ehe geschlossen, aus der drei Kinder hervorgegangen sind. Durch Urteil des Schwurgerichts M. v. 8. Okt. 1910 wurde der Beklagte, nachdem er am 6. April 1910 in Untersuchungshaft genommen war, wegen eines am 6. Nov. 1909 begangenen Straßenraubs unter Einrechnung mehrerer Vorstrafen zu einer Gesamtzuchthausstrafe von 6 Jahren und zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von 8 Jahren verurteilt. Die Klägerin erhob wegen der bezeichneten Straftat im Nov. 1912 Klage auf Scheidung aus Verschulden des Beklagten, welcher Klage vom Landgericht stattgegeben wurde. Im 2. Rechtszuge beantragte der Beklagte widerklagend die Scheidung aus alleinigem Verschulden der Klägerin, weil diese Ehebruch treibe und seit seiner Verhaftung bereits zweimal außerehelich ein Kind geboren habe. Das landgerichtliche Urteil wurde dahin geändert, daß die Klage abgewiesen und die Scheidung lediglich auf die Wider-

klage aus Verschulden der Klägerin ausgesprochen wurde. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Gründe:

„Das Ber.-Gericht erkennt an, daß in der von dem Beklagten begangenen strafbaren Handlung des Straßenraubs ein ehrloses und unsittliches Verhalten zu erblicken sei, es nimmt aber abweichend von dem Landgericht an, daß hierdurch die eheliche Gesinnung der Klägerin nicht zerstört worden sei. Diese Annahme wird einmal damit begründet, daß die Parteien einer Volksschicht angehörten, deren Bildung, Ehrbegriff und Sittlichkeitsgefühl so tief stehe, daß auch schwerere Verfehlungen, insbesondere Eigentumsvergehen, nicht als besonders ehrlos und unsittlich gälten. Zu dieser Volksschicht sei der Beklagte als gewöhnlicher Ackerknecht und Schäfer zu rechnen. Diese Begründung kann, worin der Revision nur beigetreten werden kann, rechtlich nicht gebilligt werden. Ein solches allgemeines Urteil, daß in den gesellschaftlich tiefer stehenden Volksklassen das Ehrgefühl und Sittlichkeitsempfinden so wenig entwickelt sei, daß selbst das schwere Verbrechen eines Straßenraubs nicht als eine, die Ehe zerrüttende ehrlose oder unsittliche Handlung empfunden werde, entspricht nicht der Erfahrung und nicht dem Gesetze.

Vgl. über die Unzulässigkeit des einem bestimmten Bevölkerungsteil die Glaubwürdigkeit absprechenden Urteils das Erkenntnis des Reichsgerichts v. 7. März 1891 in Gruchots Beitr. 35, 971/2.

Das Sittlichkeitsempfinden ist nicht von Besitz oder Bildung abhängig. Ein gehobenes Sittlichkeitsgefühl ist ebenso bei Personen niederen Standes wie bei Personen höheren Standes anzutreffen, wie es umgekehrt bei Personen besseren Standes ebenso wie bei denen niederen Standes fehlen kann. Es kommt hierfür ganz auf das persönliche Empfinden des einzelnen an. In dieser Beziehung fehlt es aber an einer Feststellung. Über die Denk- und Empfindungsweise der Klägerin ist in dem Ber.-Urteil überhaupt nichts gesagt und hinsichtlich ihres Mannes nur bemerkt, daß er ein gewöhnlicher Ackerknecht und Schafhirte sei, der seinen Dienst öfters gewechselt habe.

Als weiterer Grund dafür, daß die eheliche Gesinnung der Klägerin nicht zerstört worden sei, wird angeführt, daß diese während der ersten Zeit der Strafhaft ihres Mannes öfter an ihn geschrieben und um Geld zum Unterhalt für sich und die Kinder gebeten habe, daß daraufhin auch von dem Beklagten nach und nach im ganzen 33 ℳ und im Januar 1912 16 ℳ geschickt worden seien. Hieraus wird gefolgert, daß Klägerin in ihren Briefen ihre eheliche Gesinnung zum Ausdruck gebracht haben müsse, da der Beklagte sonst nicht geantwortet und Geld geschickt haben würde. Diese Ausführungen entbehren, wie die Revision mit Recht rügt, der genügenden Begründung und sind auch nicht von Rechtsirrtum frei. Begreiflicherweise war die Klägerin, um mit ihren Kindern leben zu können, darauf angewiesen, von ihrem Manne Unterhalt zu erbitten. Es kann hieraus nur geschlossen werden, daß ihre Briefe nicht in unfreundlichem Tone gehalten sein werden. Für die vom Berufungs-

richter gezogene weitere Folgerung ist ein ausreichender Anhalt nicht vorhanden. Es ist aber auch rechtsirrtümlich, wenn das Oberlandesgericht ausschließlich darauf Gewicht legt, daß die eheliche Gesinnung in den Briefen zum äußeren Ausdruck gekommen sei. Entscheidend ist die innere Gesinnung und Empfindungsweise der Klägerin, die zur Erlangung des Vorteils einer Unterstützung in ihren Briefen einen freundlicheren Ton angeschlagen haben kann als es ihrem wirklichen Empfinden entsprach. Abgesehen hiervon hat das Oberlandesgericht auch darin einen nicht zu billigenden Rechtsstandpunkt eingenommen, daß es die in der Zeit von Okt. 1910 bis Jan. 1912 von der Klägerin geschriebenen Briefe, die vor dem 15. Febr. 1916, dem Tage der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Ber.-Gericht, weit zurückliegen, für das Nichtvorhandensein einer Ehezerrüttung als maßgebend ansieht. Es handelt sich nicht um einen der Verzeihung oder dem Verzicht ähnlichen Rechtsvorgang, der, sobald er einmal als abgeschlossener Vertrag in die Erscheinung getreten ist, sogleich eine bestimmte Wirkung hervorruft. Für die Frage der Zerrüttung der Ehe bleibt vielmehr, wie das Reichsgericht schon oft ausgesprochen hat (vgl. Komm. von RGRäten Anm. 5 zu § 1568), zu untersuchen, welche Wirkung die Verfehlungen des einen Ehegatten zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Ber.-Gericht auf den andern Ehegatten gehabt haben. Es ist sehr wohl möglich, daß die Verfehlung zunächst noch nicht von dem andern Ehegatten als ehezerrüttend empfunden wird, daß ihm die volle Bedeutung und Schwere der Verfehlung erst später zum Bewußtsein kommt und demgemäß die ehezerrüttende Wirkung erst während des Prozesses eintritt. Eine Prüfung nach dieser Richtung ist von dem Oberlandesgericht nicht vorgenommen. Schon aus diesem Grunde muß die Aufhebung des Urteils erfolgen, ganz abgesehen davon, daß auch hier die Beurteilung von der schon vorher gemißbilligten Anschauung beeinflußt wird, die Parteien gehörten vermöge der Beschäftigung des Mannes als einfacher Ackersknecht und Hirt einer Volksschicht an, die an Eigentumsvergehen, insbesondere an Straßenraub, keinen besonderen Anstoß nähme.

Wenn schließlich das Ber.-Gericht noch darauf hinweist, daß die Klägerin mehr als zwei Jahre nach der Bestrafung des Beklagten mit der Erhebung der Scheidungsklage gewartet habe, so kann dieser Umstand für Verneinung der Ehezerrüttung nicht verwertet werden. Aus dem Aufschub der Scheidungsklage würde der Klägerin ein Nachteil nur insofern entstehen können, als die Frist des § 1571 BGB. abgelaufen wäre. Dieser Fristablauf ist indes dadurch gehindert, daß bereits am 6. April 1910, zu welcher Zeit seit Begehung der der Klägerin übrigens erst später bekannt gewordenen Straftat noch nicht 6 Monate vergangen waren, infolge der Inhaftnahme des Beklagten die häusliche Gemeinschaft der Parteien aufgehoben worden ist. Im übrigen ist es dem Belieben des Ehegatten überlassen, ob er die Scheidungsklage etwas früher oder später anstellen will. Ein Schluß auf das Nichtvorhandensein der Ehezerrüttung

kann aus der späteren Anstellung der Scheidungsklage um so weniger gezogen werden, als für die Ehezerrüttung, wie bereits vorher dargelegt ist, nicht der Zeitpunkt der Klagestellung, sondern der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Ber.-Gericht maßgebend ist.

Die Aufhebung des Ber.-Urteils war hiernach geboten, und zwar nach dem den Eheprozeß beherrschenden Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung auch hinsichtlich der Widerklage. Die noch nicht entscheidungsreife Sache war an das Ber.-Gericht zurückzuverweisen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 22. Juni 1916. F. w. F. (OLG. Colmar). IV. 94/16.

---

56. Erbschaft-Ausschlagung vor einem ersuchten Richter?

BGB. § 1945.

Das Amtsgericht K. hatte nach dem Tode des ohne Testament verstorbenen Paul L. als Nachlaßgericht verschiedene Amtsgerichte mittels eines Rundschreibens um die Vernehmung mehrerer in ihren Bezirken wohnhafter Personen und insbesondere um Entgegennahme ihrer Erklärungen darüber ersucht, ob sie die Erbschaft ausschlügen oder nicht. Von dem zuerst ersuchten Amtsgericht A. wurde daraufhin am 7. Juli 1916 die jetzige Beschwerdeführerin Hedwig P. vernommen, die zum Protokoll dieses Gerichts die Erbschaft ausschlug. Nach dem Rundlauf des Schreibens (21. Aug. 1916) erklärte das Amtsgericht K. die Hedwig P. für die einzige gesetzliche Erbin, weil auch die anderen vernommenen Personen die Erbschaft ausgeschlagen hatten, die Ausschlagung der Hedwig P. aber zu spät erfolgt sei, indem das Protokoll über ihre Ausschlagung erst am 21. Aug. 1916, also erst nach Ablauf der sechswöchigen Ausschlagungsfrist in den Einlauf des Nachlaßgerichts gelangt sei. — Die Beschwerde der Hedwig P. wurde vom Landgericht zurückgewiesen, ihre weitere Beschwerde hatte dagegen Erfolg. Gründe:

„Die Entgegennahme der Erklärung über die Ausschlagung einer Erbschaft nach § 1945 BGB. gehört unbestritten zu den Verrichtungen, die gemäß § 72 FGG. dem Amtsgericht als Nachlaßgericht zustehen. Deshalb und da ein andres nicht bestimmt ist, erstrecken sich die Vorschriften über die Leistung der Rechtshülfe nach § 2 FGG. gemäß § 1 dieses Gesetzes auch auf diese Verrichtung. Das Amtsgericht K. war demnach befugt, an das örtlich zuständige Amtsgericht A. das Ersuchen um die Entgegennahme einer etwaigen Ausschlagungserklärung der in A. wohnenden Hedwig P. zu richten und anderseits das Amtsgericht dort im Hinblick auf die §§ 158 und 159 GVG. nicht berechtigt, die Erledigung des Ersuchens abzulehnen. Durch dieses Ersuchen ist somit die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung der P. in gesetzlich einwandfreier Weise und so, wie sie dem Nachlaßgericht oblag, auf das Amts-

gericht A. übertragen worden. Allerdings handelte dieses Gericht, indem es dem Ersuchen entsprach, nicht in Vertretung oder im Auftrage des Nachlaßgerichts, sondern kraft seiner eigenen und lediglich durch den Umfang des gestellten Ersuchens begrenzten Amtsgewalt (vgl. Hellwig ZPR. § 60; Schlegelberger GVG. § 157 Anm. und Hauck GVG. § 157 Bem. 2; RGEntsch. 71, 307). Da ihm aber die Verrichtung vom Nachlaßgericht ohne Vorbehalt oder Einschränkung übertragen war, so mußte deren Vollzug für und gegen die Hedwig P. die gleiche Wirkung haben, wie wenn die Ausschlagungserklärung im Wege der gerichtlichen Vernehmung von dem ersuchenden Gerichte selbst entgegengenommen worden wäre.

Dieser Auffassung steht der Wortlaut des § 1945 Abs. 1 BGB. nicht entgegen. Denn hier ist nur der Grundsatz ausgesprochen, daß die Ausschlagung der Erbschaft durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen habe. In welcher Weise diese Erklärung dem Nachlaßgericht gegenüber zu erfolgen hat, ist aber nicht näher bestimmt. Die Befugnis des Nachlaßgerichts, diese Erklärung auch auf dem Wege des uneingeschränkten Ersuchens um Rechtshülfe mit denselben Wirkungen herbeizuführen, wie wenn die Vernehmung hierüber durch das Nachlaßgericht selbst vorgenommen worden wäre, ist also hierdurch nicht beseitigt oder irgendwie behindert.

Die Vorschriften in § 130 BGB. können hier überhaupt keine Anwendung finden, weil im vorliegenden Falle der Rechtshülfe das ersuchte Gericht an Stelle des ersuchenden die übertragende Verrichtung vorgenommen hat und daher von Abgabe einer Willenserklärung in Abwesenheit des anderen im Sinne dieser Gesetzesstelle nicht gesprochen werden kann. Die im § 1945 Abs. 1 Halbsatz 2 vorgeschriebene öffentliche Beglaubigung der Ausschlagungserklärung wurde aber gemäß § 129 Abs. 3 BGB. durch die Beurkundung der Erklärung durch das ersuchte Gericht ersetzt.

Hiernach muß im Gegensatz zu Staudinger und Planck und im Anschluß an die im Komm. von RGRäten zu § 1945 Bem. 2 vertretene Ansicht angenommen werden, daß die Erklärung der Ausschlagung der Erbschaft gegenüber dem vom Nachlaßgericht ersuchten Gericht mit sofortiger Rechtswirksamkeit abgegeben werden kann, wenn das Ersuchen auch auf die Herbeiführung einer solchen Erklärung durch den Erben gerichtet ist. Dies war aber hier der Fall. Die Ausschlagung der Erbschaft durch die Hedwig P. ist daher am 7. Juli 1916 vor dem Amtsgericht A. rechtswirksam erfolgt und die gegenteilige Ansicht der beiden Vorinstanzen nicht gerechtfertigt."

Beschluß des Obersten LG. f. Bayern (1. Sen.) v. 1. Juni 1917. III 34/17. BayObLGZ. 18, 103.

---

57. Darf der Eingekindschaftete auf den Pflichtteil gesetzt werden?

Vgl. 70 Nr. 62 m. N.

BGB. §§ 2303. 1741; EinfG. Art. 209.

„— — — Der Erblasser hat den Klägern, als eingekindschafteten Kindern aus der ersten Ehe seiner ersten Frau, letztwillig je eine bestimmte Summe zur Abfindung ihrer Pflichtteilsansprüche hinterlassen. Daß diese verletzt seien, haben die Kläger nicht geltend gemacht. Falls sie daher keine weitergehenden Rechte als die leiblichen Kinder des Erblassers haben, stehen ihnen jedenfalls die durch das angefochtene Teilurteil aberkannten Ansprüche nicht zu.

Das Schicksal der Berufung hängt mithin von der Entscheidung der Frage ab, ob die eingekindschafteten Kinder durch den Einkindschaftsvertrag vom Jahre 1855, auf den allein sie die Klage stützen und stützen können, solche weitergehenden Rechte erlangt haben. Die gemäß § 214 Abs. 2 EinfG. z. BGB. nach altem Recht zu beantwortende Frage war mit dem 1. Richter zu verneinen.

Die Einkindschaft ist ein deutschrechtliches Institut, dessen Wirkungen streitig sind. Die Meinungen gruppieren sich vornehmlich um die sog. Filiations- und die Erbvertragstheorie. Die Anhänger der ersten gestehen in der Mehrzahl dem neuen Elternteil das Recht zu, die Vorkinder auf Pflichtteil zu setzen. Die Anhänger der letzten halten im wesentlichen dafür, daß die Vorkinder durch die Einkindschaft ein vertragmäßiges unentziehbares und unbeschränkbares Recht auf ihren, den Anteilen leiblicher Kinder gleichkommenden gesetzlichen Erbteil erwerben.

Das Reichsgericht, 3. Zivilsen., hat in seinem Erkenntnis v. 7. Jan. 1882 (Entsch. 6 Nr. 43 S. 163, in SeuffA. 37 Nr. 229) der zweiten Theorie für den Fall den Vorzug gegeben, daß das Partikularrecht keine auf die Begründung eines Kindesverhältnisses hinweisende Bestimmungen enthalte, und daß der Vertrag selbst schlechthin die Einkindschaft vereinbare, ohne dem neuen Elternteil die Testierfreiheit wie bei leiblichen Kindern zu gewähren. Das Reichsgericht gelangt zu seinem Ergebnis durch die Erwägung, daß der Einkindschaftsvertrag einerseits einen Verzicht auf die Abteilung, anderseits einen Erbvertrag enthalte. Das Geschäft sei daher für die Vorkinder ein gewagtes, insofern sie Rechte aufgeben, ohne dafür mindestens gleichwertige Rechte zu erwerben.

In Verfolg dieser Grundsätze ist derselbe Senat des Reichsgerichts in seinem Erkenntnis v. 9. März 1883 (SeuffA. 38 Nr. 233) im besonderen Falle zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt, da hier die Vorkinder nach vorheriger Abteilung eingekindschaftet seien und der darüber errichtete Vertrag die Bestimmung enthalte, daß sie ein Erbrecht gleich den Kindern aus der neuen Ehe haben sollten.

Ebenso hat derselbe Senat in seinem Urteil v. 18. Januar 1887 JW. 1887, 71[29]) in einem Falle entschieden, in welchem im Einkindschaftsvertrage bestimmt war, daß die Kinder der ersten Ehe eingekindschaftet würden ‚der-

gestalt', daß sie ‚in aller Hinsicht gleiche Rechte' wie die etwaigen Kinder der neuen Ehe haben sollten. Hier sei die Wirkung der Einkindschaft klar und unzweideutig durch die angeführte Wendung des Vertrages dahin bestimmt worden, daß die Vorkinder gleiche Rechte wie die etwaigen Nachkinder haben sollten, der neue Elternteil also berechtigt sein solle, die Vorkinder auf Pflichtteil zu setzen. Der Einwand, jene Wendung sei in fast allen Einkindschaftsverträgen enthalten, stehe nicht entgegen und lasse sich höchstens gegen das erstangeführte Erkenntnis insofern verwerten, als dort ausgesprochen sei, daß die Einkindschaftsverträge im Zweifel die dort angegebene Bedeutung hätten.

Dieser Zweifel an dem grundsätzlichen Ergebnis des Urteils des 3. Zivilsen. v. 7. Jan. 1882 ist auch vom 6. Zivilsen. des Reichsgerichts in seinem Erkenntnis v. 12. Juli 1894 (HansGerZtg. Beibl. 1897 Nr. 15 S. 24) aufgenommen worden.

Für das hamburgische Recht hat Baumeister (§ 88) die Ansicht vertreten, daß das durch die Einkindschaft begründete Recht seinem Inhalt nach ein einfaches Intestaterbrecht gewähre, das den Eltern die Befugnis, anderweitig letztwillig zu verfügen, nicht entziehe. Ihm hat sich Niemeyer (Hamb. Privatr. § 168 Nr. 7 S. 441) im wesentlichen angeschlossen, während Mittelstein (Einkindschaft §§ 16. 17) sich auf den Boden der reichsgerichtlichen Rechtsprechung stellt. Der 2. Senat des jetzt erkennenden Gerichts hat in seinem in HansGerZtg. 1903 Beibl. Nr. 154 S. 269 abgedruckten Erkenntnis ausgesprochen, daß in der hamburgischen Rechtsprechung der Satz durchweg Anerkennung gefunden habe, daß der Einkindschaftsvertrag ein unentziehbares Intestaterbrecht nicht gewähre.

Einer grundsätzlichen Entscheidung über die Wirkung der Einkindschaftsverträge als solcher bedarf es im vorliegenden Falle nicht, da hier auch und gerade nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ein unentziehbares Intestaterbrecht der eingekindschafteten Kinder nicht angenommen werden kann.

Geht man nämlich davon aus, daß in erster Linie Zweck und Inhalt des Einkindschaftsvertrages selbst entscheiden, so ist vorliegendenfalls von Bedeutung, daß in dem Vertrage der Anteil der einzukindschaftenden Kinder am Nachlaß ihres verstorbenen Vaters festgestellt und ihnen eine von ihren Vormündern als ausreichend bezeichnete Sicherstellung eines entsprechenden Präzipuums gewährleistet worden ist. Die Kinder der ersten Ehe haben daher im vorliegenden Falle keine Rechte am Nachlaß ihres väterlichen Vermögens aufgegeben, für sie handelte es sich mithin nicht um ein gewagtes Geschäft. Anderseits bestimmt der Vertrag ausdrücklich, die Vorkinder sollten eingekindschaftet werden, ‚dergestalt, daß dieselben mit den in dieser einzugehenden Ehe etwa noch erzeugt werdenden Kindern gleiche Rechte, namentlich auch Erbrechte genießen und, falls die Ehe kinderlos bleiben sollte, ihn (d. i. den neuen Elternteil) allein zu beerben berechtigt sein sollen'. Der Senat ist der Überzeugung, daß damit ganz ähnlich wie in dem oben angeführten vom

Reichsgericht in seinem Erkenntnis v. 18. Jan. 1887 behandelten Falle klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht ist, daß die Vorkinder die gleiche erbrechtliche Stellung wie etwaige Nachkinder haben, nicht weniger, aber auch nicht mehr Rechte als diese erwerben sollten. Die Kläger wollen den eben wiedergegebenen Satz des Vertrags dahin ausgelegt wissen, daß die eingekindschafteten Kinder bei beerbter neuer Ehe allerdings nur die Erbrechte wie leibliche Kinder, bei kinderloser neuer Ehe indessen ein unentziehbares Recht auf ihren gesetzlichen Erbteil haben sollten. Für diese Unterscheidung fehlt es an jedem inneren Grunde. Auch rein grammatikalisch ist der Schluß nicht zwingend; der Schlußteil des fraglichen Satzes bedeutet nicht notwendig etwas Gegensätzliches zum ersten Teil, sondern offenbar nur eine Verstärkung und Bekräftigung, nämlich die Hervorhebung, daß die Vorkinder bei kinderloser neuer Ehe den Verwandten vorgehen sollten. Ganz besonders führt zu dieser Auslegung aber auch die bereits besprochene Erwägung, daß die Vorkinder Rechte am Nachlaß ihres verstorbenen Vaters nicht aufgegeben haben, so daß kein Grund ersichtlich ist, warum sie erbrechtlich besser gestellt werden sollten als etwa zu erwartende Kinder der neuen Ehe. — — —

War sonach der streitige Einkindschaftsvertrag dahin auszulegen, daß die Kinder der ersten Ehe der ersten Frau des Erblassers M. erbrechtlich leiblichen Kindern des M. gleichgestellt werden sollten, so war dieser befugt, sie auf Pflichtteil zu setzen. Damit fällt die Berufung."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 14. Juni 1917. K. u. Gen. (Kl.) w. F. u. Gen. Bk. III. 32/17. B.

---

58. Der Handlungsagent kann seine Provision nur von dem Reinerlöse berechnen.

HGB. § 88.

Kläger war Agent der Beklagten, einer Bremer Kaffeeimportfirma, gegen 1% Provision. Die Beklagte verkaufte durch seine Vermittlung im Nov. 1914, Jan. 1915 und Febr. 1915 an die Posener Firma E. drei Partien Kaffee zu einem festen Satze verzollt, waggonfrei Posen. Der Gesamtfakturenbetrag belief sich auf 201500 ℳ. Von diesem Betrage verlangte der Kläger 1% Provision mit 2015 ℳ. Die Beklagte bezahlte ihm aber nur 1401,26 ℳ, indem sie vom Fakturenbetrage den von ihr verauslagten Zoll und die Fracht von Bremen nach Posen in Abzug brachte und dem Kläger die Provision nur vom Reste vergütete. Die Klage auf Zahlung des sich danach ergebenden Unterschiedes von 613,74 ℳ nebst Zinsen wurde abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Bei Entscheidung der Frage, von welchem Betrage der Kläger die Provision fordern kann, ist die Vorinstanz zutreffend davon ausgegangen, daß der Handlungsagent grundsätzlich die Provision nur vom Reinerlös des Geschäfts, also vom Nettobetrage des Kaufpreises, fordern kann und daß bei der Berech-

nung der Provision nicht nur Dekorte und Skonti sondern auch die vom Geschäftsherrn bezahlten Beträge an Fracht und Zöllen in Abzug zu bringen sind, weil sie den Kaufpreis mindern. Diese Grundsätze kommen auch im vorliegenden Fall in Anwendung. Zwar steht fest, daß die Beklagte der Posener Firma die drei Partien Kaffee zu einem für das Pfund vereinbarten einheitlichen Satze verzollt, waggonfrei Posen verkauft hat, so daß die Käuferin mit dem Kaufpreis zugleich die Fracht und den Zoll bezahlte und ihr demgemäß eine Faktura erteilt wurde, in welcher die von der Verkäuferin verauslagten Fracht- und Zollbeträge nicht neben dem Preise der Ware gesondert aufgeführt waren, was geschehen wäre, wenn die Käuferin die Ware unverzollt, waggonfrei Bremen, gekauft hätte, wie sie ihr inhalts des Briefes der Beklagten v. 11. Nov. 1914 von dieser zunächst angeboten war. Hat aber der Agent die Provision immer nur vom Nettoerlös des Geschäfts zu beanspruchen, so kann es nicht wohl einen Unterschied machen, ob in der Faktura nur der, die genannten Unkosten des Verkäufers einschließende, Gesamtpreis erscheint, zu welchem verkauft worden ist, oder ob nach Maßgabe des geschlossenen Kaufes diese Unkosten dem Käufer neben dem eigentlichen Preise belastet werden. Im ersten Fall erhält man den Nettobetrag der Faktura, wenn man vom Gesamtpreis außer dem Skonto auch die Fracht und die Zölle abzieht. Daß weitere Unkosten des Verkäufers, welche nur wirtschaftlich, nicht rechtlich eine Minderung des Kaufpreises darstellen, wie Lagergeld, Rollgeld, Trinkgelder, allgemeine Handlungsunkosten u. dgl. nicht abgezogen werden dürfen, bedarf keiner Ausführung. Vom Kläger ist geltend gemacht worden, der Agent könne nicht wissen, wie hoch sich die Auslagen des Geschäftsherrn beliefen, und es sei bedenklich, ihm das Recht zu geben, Einsicht in die Bücher des Geschäftsherrn zu verlangen und die angeblichen Unkosten nachzuprüfen. Das Bedenken ist unbegründet. Der Agent ist auch hinsichtlich der Höhe des zwischen dem Verkäufer und dem Käufer vereinbarten Kaufpreises in der Regel auf die Angaben des Geschäftsherrn angewiesen. Seine Tätigkeit beruht auf gegenseitigem Vertrauen. Daß im vorliegenden Falle die Auslagen der Beklagten die von ihr angegebene Höhe erreicht haben, ist außer Streit.

Der Kläger hat vorgetragen, die Verkehrssitte kenne keinen Abzug von Auslagen des Geschäftsherrn, die in den Kaufpreis eingeschlossen seien, sondern gewähre dem Agenten die Provision von dem ganzen Betrage der Faktura abzüglich der in ihr ausdrücklich aufgeführten Auslagen und Skonti. Er hat gebeten, hierüber einen Sachverständigen zu vernehmen. Der Vernehmung eines solchen bedarf es aber nicht. Dem Gericht genügt die Sachkunde der mit Kaufleuten besetzten Vorinstanz, um festzustellen, daß eine Verkehrssitte oder eine Übung des behaupteten Inhalts nicht besteht. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 16. Okt. 1917. C. M. (Kl.) w. R. & Co. — Bf. III. 212/17. B.



II. Verfahren.

59. Rechtliches Interesse des betreibenden Gläubigers zur Nebenintervention zugunsten des verklagten Zwangsverwalters.

Vgl. 70 Nr. 91 m. N.
ZPO. §§ 66. 72; ZVG. § 154.

Der Beklagte war zum Zwangsverwalter eines Grundstücks bestellt, dessen Mieten am 1. März 1915 dem Kläger abgetreten waren. Der Beklagte hatte ihm nur die Mieten bis zum 1. Okt. 1915 überlassen, während der Kläger auch noch die Mieten für das letzte Vierteljahr 1915 beanspruchen zu können glaubte und auf Feststellung dieses seines Rechtes klagte. Der Beklagte verkündete dem Hypothekarier P. den Streit mit der Begründung, daß P. die Zwangsverwaltung des in Rede stehenden Grundstücks betreibe und den Standpunkt einnehme, daß die Abtretung der Mieten überhaupt unwirksam sei. P. trat dem Rechtsstreit als Nebenintervenient auf seiten des Beklagten bei. Der Kläger bestritt die Zulässigkeit der Nebenintervenienten ohne Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Nebenintervenient P. hat, wenn auch nur wegen seiner Zinsen, zu den den Zwangsverkauf betreibenden Gläubigern gehört. Darnach ist das Landgericht mit Recht davon ausgegangen, daß der Beklagte auch ihm für die ordnungmäßige Einziehung der Grundstücksmieten verantwortlich war und möglicherweise Schadensansprüche von ihm zu gewärtigen hatte, falls er die streitigen Mieten zu Unrecht dem Kläger überließ. Das genügt, um ein rechtliches Interesse des P. zu begründen und seinen Beitritt zu rechtfertigen;
vgl RGEntsch. 77, 365 und Hans. OLG. 2. Sen. in HansGZ. 1915, 54.

Daß P. später die Zinsen, wegen deren er zu den ‚betreibenden Gläubigern' gehörte, bezahlt erhalten hat, ist ohne Bedeutung. Ein nachträglicher Wegfall des zur Zeit des Beitritts vorhandenen Interesses macht die Nebenintervention nicht unzulässig (OLGRspr. 25, 63).

Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob nicht ganz abgesehen davon, daß P. zu den ‚betreibenden Gläubigern' gehörte, sein rechtliches Interesse i. S. von § 66 ZPO. schon dadurch gegeben sei, daß die Zurückweisung der klägerischen Zessionsansprüche den teilweisen Ausfall beseitigen oder wenigstens mindern würde, den er hinsichtlich des Kapitals seiner Hypothek unstreitig erlitten hat."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 13. Juli 1916 K. (Kl.) w. Pf. Bs. Z. VI. 26/16. Nö.

---

60. Begriff der Mehrkosten i. S. des § 18 Abs. 5 RAO.

Vgl. 41 Nr. 294; 65 Nr. 38.
ZPO. § 91 Abs. 2; RAO. § 18 Abs. 5.

Die Beklagten haben die bei den Hamburger Gerichten zugelassenen Rechtsanwälte U. und K. in Cuxhaven zu Prozeßbevollmächtigten in einem

vor den Hamburger Gerichten zu verhandelnden Rechtsstreit bestellt. Diese haben wiederum Hamburger Rechtsanwälte mit ihrer Vertretung betraut. Das Landgericht hat eine in Cuxhaben zu bewerkstelligende Beweisaufnahme angeordnet; die Vertretung der Beklagten hat hierbei einer ihrer Prozeßbevollmächtigten übernommen. Der Gerichtsschreiber des Landgerichts hat bei Festsetzung der vom Kläger zu 29/30 zu erstattenden Kosten u. a. eine halbe Prozeßgebühr und eine halbe Beweisgebühr nebst zugehörigen Pauschsätzen in Ansatz gebracht, welche für die im 1. Rechtszug stattgehabte Beweisaufnahme besonders berechnet worden sind. Die vom Kläger hiergegen eingelegte Erinnerung ist vom Landgericht zurückgewiesen worden. Auch die gegen diesen Beschluß erhobene Beschwerde ist unbegründet.

Der Kläger beruft sich für seinen Standpunkt mit Unrecht auf die Vorschrift des § 18 Abs. 5 RAO., wonach die Mehrkosten nicht von der Gegenpartei erstattet zu werden brauchen, welche bei der Vertretung einer Partei vor einem Kollegialgericht durch einen bei demselben zugelassenen Rechtsanwalt dadurch entstehen, daß dieser seinen Wohnsitz nicht am Ort des Gerichts hat. Eine richtige Auslegung dieser Gesetzesbestimmung hat unter Mehrkosten diejenigen zu verstehen, welche dadurch entstanden sind, daß die Partei nicht einen am Ort des Prozeßgerichts ansässigen Anwalt zum Prozeßbevollmächtigten bestellt hat. Daß die Partei diesen letztbezeichneten Weg mit der Wirkung hätte gehen können, daß die dabei gemäß § 91 ZPO. zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig aufgewandten Kosten hätten ersetzt werden müssen, kann nicht wohl bezweifelt werden. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob die Partei sofort in Hamburg ansässige Anwälte zu Prozeßbevollmächtigten bestellte, oder ob sie zunächst die Cuxhavener Anwälte beauftragte und ihnen das Weitere überließ.

Übereinstimmend RGEntsch. 14, 377 (in SeuffA. 41 Nr. 294);

Wenn im vorliegenden Fall die Beklagten einem Hamburger Anwalt Prozeßvollmacht erteilt hätten, so würden, ganz abgesehen von der Frage der Verwendung eines Verkehrsanwalts (GebO. f. RA. § 44) die Kosten für Betrauung eines Cuxhavener Anwalts mit der Vertretung bei der Beweisaufnahme erstattet werden müssen. Diese Kosten decken sich aber mit den hier in Rechnung gestellten. — — —

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 3. März 1917. H. w. M. Bs. Z. VI. 22/17. Nö.

---

61. Die Bestellung als Armenanwalt begründet noch nicht den Zustellungszwang.

ZPO. §§ 176. 115[3].

Der Revision, welche rügt, daß das Oberlandesgericht zu Unrecht eine Terminsversäumnis auf seiten des Klägers angenommen habe, war der Erfolg nicht zu versagen. Nach § 335 Nr. 2 ZPO. durfte das angefochtene Ver-

säumnisurteil nur ergehen, wenn der Kläger zum Termin v. 6. Juni 1916 ordnungmäßig geladen war, d. h. wenn die Zustellung der Ladung an ihn persönlich den Vorschriften der Zivilprozeßordnung entsprach. Das ist zu verneinen.

Innerhalb eines anhängigen Rechtsstreits müssen alle Zustellungen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen (§ 176 ZPO.). Wird in Anwaltsprozessen die einmal erteilte Vollmacht widerrufen, so wirkt sie trotzdem dem Gegner gegenüber fort, bis ihm von der Bestellung eines andern Prozeßbevollmächtigten Anzeige erstattet ist (§ 87 Abs. 1). Bis zu diesem Zeitpunkte sind alle Zustellungen nach § 176 an den bisherigen Prozeßbevollmächtigten zu richten; jede andre Zustellung, insbesondere an die Partei selbst, ist wirkungslos. Die Zivilprozeßordnung geht davon aus, daß mit Erteilung der Vollmacht der äußere Prozeßbetrieb dem Gericht und dem Gegner gegenüber der Hand der Partei für immer entgleitet und auf den Anwalt übergeht, und daß die Befugnis zur eigenen Prozeßführung für sie auch nicht im Fall des Vollmachtswiderrufs von neuem begründet wird. Nur in Ausnahmefällen und nur auf Grund einer besonderen Bestimmung ist fortan die unmittelbare Ladung der Partei selbst gestattet (vgl. Hahn Mater. z. ZPO. 227. 228; § 239 Abs. 3, § 244 Abs. 2 ZPO.).

Ursprünglich war Rechtsanwalt G. dem Kläger als Armenanwalt zugeordnet und von ihm zur Prozeßführung bevollmächtigt worden. Er war auch als Prozeßbevollmächtigter des Klägers aufgetreten. Im Laufe des Rechtsstreits entzog ihm der Kläger die Vollmacht. Sein Antrag, ihm einen andern Pflichtanwalt zu bestellen, wurde von dem Oberlandesgericht als unbegründet zurückgewiesen. Nach dem Vollmachtswiderruf nahm Rechtsanwalt G. die folgenden Termine nicht mehr wahr, und da der Kläger einen andern Rechtsanwalt nicht bevollmächtigte, so ergingen die Versäumnisurteile v. 2. Febr. und v. 4. Mai 1915 gegen ihn. Bis dahin mußten, auf Grund der §§ 176. 87 ZPO. alle Zustellungen an Rechtsanwalt G. bewirkt werden, da eine dem § 87 Abs. 1 entsprechende Mitteilung dem Gegner noch nicht zugegangen war. An dieser Rechtslage hatte sich dadurch, daß dem Kläger nach Erlaß des Reichsgerichtsurteils v. 20. Nov. 1915 Rechtsanwalt K. als neuer Armenanwalt beigeordnet war, nichts geändert. Die Zuordnung eines Pflichtanwalts steht — auch in Verbindung mit der Mitteilung des Zuordnungsbeschlusses an die Gegenpartei — der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten, wie der § 176 sie verlangt, nicht gleich. Der entgegengesetzten Ansicht Steins (Anm. III. 2 zu § 176 ZPO.) kann nicht beigetreten werden. Zwar setzt die Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten i. S. des § 176 nicht immer die tatsächliche Erteilung einer Prozeßvollmacht, sondern nur einen Akt voraus, durch welchen ein Anwalt ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen dem Gericht und dem Gegner zu erkennen gibt, er sei Prozeßbevollmächtigter und wolle als solcher für die Partei handeln. Ein solcher Akt, z. B. sachliches Verhandeln vor Gericht oder die Zustellung eines vom Anwalt

in der Eigenschaft als Prozeßbevollmächtigter unterzeichneten Schriftsatzes würde auch die im § 87 verlangte Mitteilung von der Bestellung eines andern Prozeßbevollmächtigten darstellen oder in rechtswirksamer Weise ersetzen. Der Handlung des Anwalts, durch welche er selbst sich als Prozeßbevollmächtigten bezeichnet und sich als solchen in den Rechtsstreit einführt, und welche dem Gegner erst die Befugnis und die Möglichkeit gewährt, die darin liegende Behauptung der Vollmachtserteilung zu prüfen und den Mangel der letzteren erforderlichenfalls zu rügen, kann aber der öffentlichrechtliche Akt der Zuordnung als Armenanwalt nicht gleichgestellt werden. Mit ihm erfüllt das Gericht nur seine öffentlichrechtliche Pflicht, der armen Partei einen Anwalt zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte zur Verfügung zu stellen. Er verpflichtet zugleich den Anwalt, sich ihr zur Entgegennahme der Vollmacht zur Verfügung zu halten, enthält aber keine Vollmachtserteilung und begründet auch nicht die Vermutung einer solchen. Denn die arme Partei ist in ihrem Entschlusse, ob sie dem ihr zugeordneten Anwalt Prozeßvollmacht geben will oder nicht, völlig frei. In die prozeßrechtlichen Beziehungen der Parteien zueinander greift daher der Zuordnungsbeschluß nicht ein. Erst wenn der beigeordnete Pflichtanwalt nach außen erkennbar als Prozeßbevollmächtigter der armen Partei handelnd auftritt, gilt er auch dem Gegner gegenüber als bestellter Prozeßvertreter i. S. des § 176 ZPO., gleichviel ob eine Vollmacht der armen Partei vorliegt oder nicht.

Rechtsanwalt K. hat jedoch niemals eine Erklärung abgegeben oder eine Handlung vorgenommen, durch welche er sich die Stellung eines Prozeßbevollmächtigten beigelegt hätte. ——— Deshalb ist seit dem Widerruf der dem Rechtsanwalt G. erteilten Vollmacht weder ein neuer Prozeßbevollmächtigter bestellt noch von einer solchen Bestellung der Beklagten Mitteilung gemacht worden. Sie mußte daher nach wie vor Zustellungen an Rechtsanwalt G. richten und zu seinen Händen den Kläger zum Termin v. 6. Juni 1916 laden. ——— Da das Oberlandesgericht somit unter Verstoß gegen die §§ 176. 87 Abs. 1 und 335 Nr. 2 ZPO. eine Säumnis des Klägers zu Unrecht als vorliegend angenommen hat, mußte das nach § 345 erlassene Versäumnisurteil aufgehoben werden.

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 25. Okt. 1916. B. (Kl.) w. D. Ver.Anst. (OLG. Stuttgart). I. 116/16. Auch in RGEntsch. 89 Nr. 9 S. 42.

---

62. Unwirksamkeit der Zustellung eines Urteils, in dessen Eingangsvermerk fälschlich andre Richter als mitwirkend genannt sind als die es unterschrieben haben.

Vgl. 48 Nr. 219.

ZPO. §§ 313[a]. 315. 317 Abs. 2.

In dem auf Grund der mündlichen Verhandlung v. 3. November 1916 ergangenen, am 10. Nov. verkündeten Urteil des Oberlandesgerichts waren



als Entscheidungsrichter § 313 Nr. 2 ZPO.) aufgeführt: Senatspräsident R., die Oberlandesgerichtsräte K. und S., Amtsgerichtsrat M. und Landgerichtsrat D. Unterschrieben war es indessen von den vier zuletzt genannten Herren und von Oberlandesgerichtsrat B. In dieser Form war das Urteil ausgefertigt und von dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten dem des Klägers am 5. Dez. 1916 zugestellt worden. Dieser hatte bereits am 29. Nov. die Berichtigung der Unstimmigkeit zwischen den Unterschriften und dem Vermerk am Kopfe des Urteils beantragt. Der letztere wurde nunmehr dem Inhalt des Sitzungsprotokolls v. 3. Nov. entsprechend auf Grund des § 319 ZPO. durch Beschluß vom 1. Dez. dahin berichtigt, daß nicht Senatspräsident R., sondern Oberlandesgerichtsrat B. bei der Urteilsfällung mitgewirkt habe. Dieser Beschluß ist von Amts wegen beiden Parteien am 6. Dez. und das Urteil mit ihm dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten von dem des Klägers am 8. Dez. zugestellt worden. Der die Einlegung der Revision enthaltende Schriftsatz ist am 8. Jan. 1917 bei dem Reichsgericht eingegangen. Die Revisionsfrist wäre daher versäumt, wenn die Zustellung v. 5. Dez. wirksam wäre (§ 552 ZPO.). Das ist indessen zu verneinen.

Bereits der 1. und der 5. Zivilsenat des Reichsgerichts (vgl. Gruchot 46, 1078 und JW. 1903, 383[6]) haben ausgesprochen, daß die Zustellung eines Urteils, das von andern Richtern als von denen unterzeichnet ist, welche nach dem Eingangsvermerk die Entscheidung getroffen haben, nicht geeignet ist, eine Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen. Freilich war die Sachlage damals insoweit eine andre, als der Eingangsvermerk objektiv richtig, dagegen eine Unterschrift von seiten eines an der Urteilsfällung nicht beteiligten Richters geleistet war, während hier die Unterschriften von denjenigen Richtern, welche tatsächlich bei der Entscheidung mitgewirkt haben, herrühren, der Eingangsvermerk aber falsch gefaßt war. Beide Fälle sind jedoch sachlich gleich zu beurteilen. Denn durch den Vermerk am Kopfe des Urteils soll bezeugt werden, daß die in ihm aufgeführten Personen die Urteilsfinder waren. § 313 Nr. 2 ZPO. steht aber mit § 315 derart in untrennbarem Zusammenhange, daß ein Urteil nur dann i. S. des letzteren als unterschrieben gelten kann, wenn der Eingangsvermerk und die Unterschriften sich decken. Solange das nicht zutrifft, darf nach § 317 Abs. 2 eine Urteilsausfertigung nicht erteilt werden. Geschieht es doch, so ist sie einer wirksamen Zustellung nicht fähig, weil die Parteien auf die Befolgung der im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften der §§ 313 Nr. 2, 315. 317 Abs. 2 nicht verzichten können. Am 5. Dez. lag also — den Parteien erkennbar — ein im Sinne des Gesetzes vollständiges Urteil noch nicht vor, so daß seine Zustellung auf den Beginn der Rechtsmittelfrist keinen Einfluß ausüben konnte. Die Zustellung wurde auch durch die v. 6. Dez. nicht wirksam, denn abgesehen davon, daß diese nicht auf Betreiben einer Partei (§ 317 Abs. 1), sondern von Amts wegen erfolgte, hatte sie nicht das berichtigte Urteil, sondern nur den Berichtigungsbeschluß zum

Gegenstande. Die an sich ordnungmäßige Urteilszustellung v. 8. Dez. kann aber erst von diesem Tage an Rechtswirkungen äußern. Denn die Zustellung ist eine Handlung, ein tatsächlicher Akt, der, wenn er einmal wirkunglos vorgenommen ist, rechtlich ebenso anzusehen und zu behandeln ist, als wenn überhaupt nichts geschehen wäre. Er kann daher durch nachträgliche Handlungen nicht ergänzt und nicht rückbezüglich mit Rechtswirkung ausgestattet werden. Das muß hier um so mehr gelten, als die Zustellung v. 5. Dez. von dem Beklagten, die vom 8. Dez. dagegen von dem Kläger veranlaßt, im ersteren Falle also dieser, im letzteren der Beklagte der Zustellungsempfänger war. — —

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 24. April 1917. Sch. (Kl.) w. M. III. 10/17. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 43 S. 172.

---

63. Begründung des abgewiesenen Schadensanspruchs mit einer neuen Schadensursache; keine Einrede der Rechtskraft.

Vgl. 41 Nr. 306; 45 Nr. 140 m. N.; 64 Nr. 57.
ZPO. § 322; BGB. § 823.

In beiden Prozessen handelt es sich um den Unfall v. 20. Juli 1913, nämlich die Beschädigung, die dem der Klägerin gehörigen Schiffe dadurch zugefügt ist, daß die Kette, an der der Fährprahm läuft, beim Anziehen unter das Schiff geriet und hinter das Ruder hakte, wodurch das Schiff beschädigt ist. In beiden Prozessen wird die gleiche Summe als Schadenersatz vom Beklagten, dem Eigentümer der Fähranlage gefordert. Insoweit ist das Klagebegehren in beiden Prozessen unzweifelhaft identisch, der Unterschied besteht darin, daß im Vorprozeß ein Verschulden der Schiffsbesatzung behauptet wurde, die den Prahm vor dem Passieren des Schleppzuges vom Ufer abgelegt habe, während jetzt der Anspruch auf die Behauptung gestützt wird, der Fährprahm sei unsachgemäß gebaut, denn der Führerstand sei so niedrig angelegt, daß, wenn ein Kastenwagen auf der Fähre stehe, hierdurch dem Führer die Aussicht nach der Seite versperrt sei. Dies sei auch zur Zeit des Unfalls der Fall gewesen; es liege hierin ein Verschulden der Organe des Reichs, die den Fährprahm eingestellt und hätten arbeiten lassen, das die Beschädigung verursacht habe.

Es fragt sich, ob, wie der Beklagte einwendet und der Vorderrichter annimmt, über den im jetzigen Prozeß geltend gemachten Anspruch bereits durch die Abweisung der Klage des früheren Prozesses entschieden ist. Es ist hierfür zu prüfen, was unter dem durch die Klage erhobenen Anspruch i. S. des § 322 ZPO. zu verstehen ist. Hierbei ist auf die Bestimmung des § 253 Nr. 2 ZPO. zurückzugehen, wonach in der Klageschrift die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs gefordert wird, die dann wieder, soweit sie sich mit dem mündlich verhandelten Prozeßstoff deckt, regelmäßig den Umfang dessen begrenzt, worüber das Urteil in seinem entscheidenden Teil sich

ausspricht. Daß zur Auslegung der Urteilsentscheidung, insbesondere wenn es sich wie hier um Klagabweisung handelt, auf die Gründe des Urteils einzugehen und hieraus die nähere Bestimmung dessen zu entnehmen ist, was durch die Klagabweisung nach dem aus der Begründung ersichtlichen Sinn der Entscheidung gesagt sein soll, unterliegt keinem Bedenken (vgl. RGEntsch. 41, 128, in SeuffA. 54 Nr. 60; 47, 366; 74, 121; 79, 230).

Die prozessuale Vorschrift der sog. materiellen Rechtskraft, aus der sich die bindende Kraft der urteilgemäßen Festsetzung ergibt, beruht auf Gründen des öffentlichen Interesses; sie bezweckt vor allem eine Sicherung des Rechtsfriedens und eine Festigung des Ansehens der Gerichte und ihrer als Staatsakt sich darstellenden Erkenntnisse. Naturgemäß beschränkt sich dies auf den Ausspruch des Gerichts, soweit er über das Bestehen oder Nichtbestehen des den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Anspruchs ergeht. Ferner wird dem Kläger dadurch, daß er sein Klagebegehren dem Gegenstande wie dem Grunde nach genau anzugeben hat, die Behauptungspflicht auferlegt, hierdurch für den Beklagten festgestellt, um welchen Anspruch es sich handelt, und ihm die Möglichkeit gegeben, sich in sachgemäßer, den Prozeßgegenstand inhaltlich treffender Weise zu erklären und gegenüber demjenigen, was zur Begründung der verlangten Leistung oder Feststellung vorgebracht wird, seine Rechte zu wahren.

Die Ansicht, daß es in dieser Beziehung genüge, wenn der Kläger das konkrete Rechtsverhältnis, auf das er seinen Anspruch gründet, angebe, kann als zutreffend nicht angesehen werden. Es ist richtig, daß die Zivilprozeßordnung selbst nicht näher bestimmt, was unter Klagegrund zu verstehen ist, ob also die Bezeichnung des obligatorischen Verpflichtungsgrundes oder des dinglichen Rechts genügt. Die Berufung auf verschiedene Stellen der Prozeßordnung, insbesondere auf § 331 ZPO., wonach im Versäumnisverfahren das tatsächliche mündliche Vorbringen als zugestanden anzunehmen ist (vgl. im einzelnen u. a. Seuffert Anm. IV, Stein Anm. III, 3 zu § 253 ZPO.), erscheint für die Begründung sowohl der einen wie der anderen Meinung von keiner ausschlaggebenden Bedeutung. Dagegen ist auf die Begründung des Entwurfs einer ZPO. S. 182 (Hahn Mater. z. ZPO. 1, 255) hinzuweisen, wo betont ist, daß die Grundlage für den Rechtsstreit durch die Klageschrift bestimmt werden soll, und daß den Klagegrund diejenigen Tatsachen bilden, die nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen. Diese „rechtsbegründenden Tatsachen", wie sie die Motive nennen, sind aber nicht durch die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses gegeben, sondern erfordern eine nähere tatsächliche Unterlage, aus der sich nach Ansicht des Klägers ein Verpflichtungsverhältnis bestimmten Inhalts ergeben soll, auf Grund dessen die Gegenpartei in Anspruch genommen wird. Mit der in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden

Meinung ist davon auszugehen, daß es der Anführung der tatsächlichen Momente, aus denen das Entstehen des Verpflichtungsgrundes vom Kläger gefolgert wird, bedarf zur Bestimmung des Klaganspruchs, der zur Entscheidung gestellt wird. Wie bei dinglichen Klagen nicht die Behauptung des dinglichen Rechts genügt, sondern die Angabe der Erwerbstatsachen hinzukommen muß, da sonst die erforderliche Bestimmtheit fehlt (vgl. RG. in Warneyer Ergbd. 1913 Nr. 258), so reicht auch die Behauptung, daß eine unerlaubte Handlung den Schadenersatzanspruch begründe, nicht aus, sondern es ist durch Angabe bestimmter Tatsachen näher darzulegen, worauf die Verbindlichkeit zum Schadenersatz gegründet wird. Nur hierdurch wird der Beklagte darüber aufgeklärt, worin der geltendgemachte Verpflichtungsgrund besteht und dem Richter die Kenntnis der klagebegründenden Tatsachen vermittelt, durch deren Prüfung er in die Lage versetzt wird, zu entscheiden, ob der Klageanspruch begründet ist oder nicht.

Vgl. hierzu u. a. RGEntsch. 10, 434, in SeuffA. 39 Nr. 145; 11, 242; 86, 377; RG. in SeuffA. 41 Nr. 306, in JW. 1901, 483[4], und in Warneyer Ergbd. 1912 Nr. 153; Stein Komm. IX zu § 322, III 3 zu § 253 u. III zu 268 ZPO.; ferner Seuffert Komm. § 253 III; Hellwig Zivilprozeßr., 308 ff.

Die Entscheidung, welche Rechtsfolgen aus den behaupteten Tatsachen herzuleiten sind, ist Sache des Richters, woraus folgt, daß eine Änderung der rechtlichen Gesichtspunkte, die vom Kläger in der Klageschrift vorgetragen sind, ebensowenig unzulässig ist wie das Fehlen der Angaben der rechtlichen Konstruktion in der Klage oder im mündlichen Vortrag von Bedeutung ist, wenn dem Gericht nur das tatsächliche Material, das zur Begründung des Klaganspruchs genügend ist, unterbreitet wird. Daß der Kläger durch eine ausdrückliche Erklärung, er wolle seinen Anspruch nur aus einem bestimmten Rechtsverhältnis herleiten, die rechtliche Beurteilung seitens des Gerichts einschränken kann, ist ein Umstand, auf den hier nicht näher einzugehen ist.

Darnach schlägt die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht durch.

Urteil des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 2. Nov. 1916. K. w. Deutsches Reich. U I. 22/16. Schlesw.-Holst.Anz. 1917, 49.

---

64. Vollstreckungsgegenklage solange der Gläubiger sich nicht bezüglich der empfangenen Teilzahlungen für befriedigt erklärt hat.

ZPO. §§ 767. 757.

Bei der Vollstr.-Gegenklage besteht das Rechtsschutzbedürfnis vom Bestehen des Titels an und insolange als der Gläubiger die Möglichkeit hat, auf Grund des Vollstr.-Titels zu vollstrecken. Diese Möglichkeit ist erst dann nicht mehr vorhanden, wenn die Zw.-Vollstreckung beendigt und der Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung zurückgegeben oder bei Teilleistungen

diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung bemerkt und dem Schuldner Quittung erteilt hat (§§ 757. 775 Nr. 4 ZPO.). So liegt aber hier die Sache nicht.

Die Zw.-Vollstreckung wurde betrieben für einen Betrag von 50 *M* Unterhalt für Mai 1916 und 100 *M* Unterhaltsrückstände für die Zeit vom 1. Juli 1915 bis 1. Juni 1916. Bezahlt waren aber von diesen Beträgen die 50 *M* für Mai 1916 und 25 *M* der Rückstände. Bezüglich dieser Beträge bestand also zur Zeit der Pfändung kein Vollstr.-Anspruch mehr. Es wäre daher Verpflichtung der Beklagten gewesen, diese Rechtslage alsbald, spätestens in der mündlichen Verhandlung v. 6. Juni 1916, durch Erteilung einer Befriedigungserklärung anzuerkennen. Auf diese Weise wäre es ihr möglich gewesen, sich vor der Überbürdung der Kosten zu schützen (§ 93 ZPO.; Falkmann Zw.-Vollstr. 383; Gaupp-Stein ZPO. Anm. III zu § 767).

Dies hat die Beklagte unterlassen. Sie hat weder vor noch nach der Erhebung der Klage den Kläger in eine Lage versetzt, in der er sich gegenüber einer Vollstreckung für die bereits bezahlten Beträge von 50 *M* und 25 *M* dem Vollstr.-Organ gegenüber ohne weiteres schützen konnte. Auf den Brief v. 29. Mai 1916 kann sich die Beklagte nicht berufen. Darin ist nur erklärt, daß die Pfändung im Hinblick auf den Widerspruch der Mutter des Klägers aufgehoben und das Angebot des Klägers, die Rückstände in monatlichen Raten von 25 *M* abzuzahlen, angenommen werde. Auch in der mündlichen Verhandlung v. 6. Juni 1916 hat die Beklagte nur die Erklärung abgeben lassen, daß die in Mitte liegende Pfändung bereits vor Zustellung der Klage aufgehoben worden sei. Weder im Brief v. 29. Mai 1916 noch in der Verhandlung v. 6. Juni 1916 ist eine Erklärung abgegeben worden, die als Anerkennung der erfolgten Teilbefriedigung gedeutet werden könnte und daher dem Kläger das Rechtsschutzbedürfnis genommen hätte. Selbst wenn also die Beklagte durch ihr Verhalten zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hätte, was übrigens vom Kläger mit der Begründung bestritten wird, die Beklagte habe ihm auf alle mögliche Weise Unannehmlichkeiten zu bereiten versucht, so hätte die Beklagte doch im Verhandlungstermin v. 6. Juni 1916 die Teilbefriedigung anerkennen müssen. Es ist daher auch nicht richtig, daß der Kläger zum mindesten seinen Anspruch auf die Kosten hätte beschränken müssen, da die Hauptsache erledigt war. Da die Beklagte die Zw.-Vollstreckung auch nur wegen des Widerspruchs der Mutter des Klägers aufgehoben hat, ist es auch unzutreffend, daß die Zw.-Vollstreckung durch Befriedigung beendigt worden und deshalb die Vollstr.-Gegenklage gegenstandlos gewesen sei.

Das Landgericht hat deshalb mit Recht der Klage stattgegeben und die Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Urteil des OLG. München (4. Sen.) v. 4. Okt. 1916. G. w. G. L. 412/16.
F—z.

I. Bürgerliches Recht.

65. Begriff des Kettenhandels.

Vgl. oben Nr. 48.

BGB. §§ 134. 138; BRBO. zur Bekämpfung des Kettenhandels § 11.

Laut Bestätigungsschreiben v. 11. Nov. 1916 hatte der Kläger zu den dort angegebenen Bedingungen vom Beklagten rund 10 Tonnen prima gesalzenes und gepökeltes Robbenfleisch gekauft. Er hatte die Ware an die Firma C. & R. weiterverkauft. Der Beklagte lieferte nur einen Teil der Vertragsmenge. Der Kläger wurde von C. & R. auf Schadenersatz in Anspruch genommen und zahlte in Erfüllung dieser Forderung 506,40 ℳ. Mit der Klage begehrte er vom Beklagten Schadenersatz wegen nicht gelieferter 5064 kg Robbenfleisch. In 2. Instanz wurde der Anspruch für begründet erklärt. — Aus den Gründen:

„Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil das Geschäft zwischen dem Kläger und der Firma C. & R. wegen verbotenen Kettenhandels nichtig und daher nicht geeignet sei, die Grundlage einer Schadenersatzforderung abzugeben. Das Ber.-Gericht vermag sich dieser Auffassung nicht anzuschließen. Das Landgericht meint: Für die Frage, ob Kettenhandel vorliege, komme es nicht darauf an, ob die durch die mehrfache Veräußerung der Ware herbeigeführte Preissteigerung groß oder gering sei. Denn Lebensmittel dürften nach der Verordnung v. 24. Juni 1916 im Handel nicht von Hand zu Hand gehen; ein Großhändler dürfe sie nicht an den andern Großhändler verkaufen. Der Kaufmann sei verpflichtet, sich darüber zu unterrichten, zu welchem Zweck derjenige, dem er sie anbiete, die Ware erwerben wolle. — Diese Auffassung wird dem Grundgedanken der erwähnten Verordnung nicht gerecht. Wäre sie richtig, so würde damit jeglicher Zwischenhandel in Lebensmitteln ausgeschaltet und auf diese Weise gerade das erreicht sein, was die Verordnung v. 24. Juni 1916 verhindert wissen wollte: eine unerträgliche Erschwerung der Versorgung des Verbrauchers mit Lebensmitteln zu angemessenem Preise. Bei den unter Kaufleuten herrschenden Gepflogenheiten kann von dem Verkäufer unmöglich verlangt werden, daß er sich vorweg darüber vergewissere, was der Käufer mit der Ware anzufangen gedenke. Angesichts der in Handelskreisen üblichen und in den Verhältnissen des Warenverkehrs wohlbegründeten Abneigung des Kaufmanns, dem Lieferanten Einblick in seine Dispositionen

zu gewähren, würde auch diese Forderung, sollte sie vom Gesetz wirklich gewollt sein, eine starke Beeinträchtigung des Verkehrs mit Lebensmitteln und damit der notwendigen Versorgung des Publikums zur Folge haben. Aus dem Gesetze sind denn auch derartig undurchführbare und zweckwidrige Vorschriften nicht zu entnehmen.

Verboten sind unlautere Machenschaften, zu denen insbesondere Kettenhandel gezählt wird. Das bloße Gehen der Ware von Hand zu Hand aber ist keineswegs immer verbotener Kettenhandel. Hat ein Kaufmann Lebensmittel im großen erworben, so muß er sie naturgemäß wieder absetzen. Dazu bedarf es besonderer Verbindungen und Gelegenheiten. Nicht jeder Großhändler hat die Möglichkeit, die Ware unmittelbar dem Verbrauche zuzuführen. Fehlen ihm die Verbindungen, so muß er eben, will er nicht die Ware zurückhalten und gerade dadurch das Interesse der Allgemeinheit schädigen, an einen andern Großhändler weiterverkaufen, der vielleicht die zum Vertrieb an das Publikum unentbehrlichen Kleinhändler und Konsumentenvereinigungen an der Hand hat. In diesem Verhalten des Kaufmanns, der also notgedrungen die Ware an einen andern Großhändler veräußern muß, wenn sie nicht liegen bleiben soll, kann etwas Unzulässiges nicht erblickt werden, falls nicht etwa das Weiterveräußern dazu benutzt wird, eine unangemessene Preissteigerung herbeizuführen. Hiernach muß, um den Begriff des Kettenhandels zu erfüllen, ein weiteres Moment hinzukommen: das der objektiv ungerechtfertigten Verteuerung der Ware. Eine im volkswirtschaftlichen Sinn überflüssige, daher schädliche und vom Gesetz als sittenwidrig gekennzeichnete Steigerung der Lebensmittelpreise braucht aber keineswegs schon dann vorzuliegen, wenn, wie hier, der Kaufmann, der vom Importeur gekauft hat, die Ware an einen Großhändler abgibt zum weiteren Vertriebe. Daß der Zwischenhandel an sich nicht ohne weiteres als Kettenhandel anzusprechen ist, ist in der Rechtsprechung schon wiederholt zum Ausdruck gekommen (vgl. insbesondere die Entscheidungen des Hans. OLG. Bf. IV, 20/17, und des Reichsgerichts in JW. 1917, 727). Der Beklagte könnte mit seinem Einwande dann durchdringen, wenn er im einzelnen darlegen und nachweisen würde, daß der Kläger, obwohl er Gelegenheit gehabt hätte, selbst das Robbenfleisch nutzbringend an Konsumenten zu veräußern, aus unlauteren Gründen, insbesondere um einen höheren Gewinn zu erzielen, es vorgezogen hätte, die Ware an C. & R. zu veräußern, oder aber, daß der Kläger zum mindesten beim Abschluß gewußt hätte, C. & R. würden ihrerseits die Ware, anstatt sie alsbald dem Verbrauche zuzuführen, in spekulativer Absicht an einen andern Großhändler weiterveräußern. Für alles dies fehlt es an jeglichem Anhalt. Übrigens ist es für den Bestand des zwischen dem Kläger und C. & R. gemachten Geschäfts belanglos, ob C. & R. von vornherein die Absicht gehabt haben, an der Ware in unzulässiger Weise zu verdienen. Und ebensowenig kann allein aus der vom Kläger bestrittenen Tatsache, daß C. & R. das Robbenfleisch an einen in

Bremen ansässigen Großhändler weiterveräußert haben, ohne weiteres auf die Unzulässigkeit auch dieses Abschlusses geschlossen werden. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 16. Jan. 1918. G. H. w. A. J. Bf. IV. 228/17. Nö.

---

66. Zeitpunkt für die Berechnung des vom Käufer wegen Nichterfüllung verlangten abstrakten Schadenersatzes.

BGB. §§ 249: 287. 326.

Die Klägerin hatte im Juni 1914 von der Beklagten 6 Wagen Sonnenblumenkuchen-Mehl gekauft, lieferbar Oktober/März je einen Wagen. Die Beklagte lieferte nichts trotz ihr jeweils nach Ablauf des betreffenden Monats gesetzter Nachfristen. Die Klägerin verlangte Schadenersatz wegen Nichterfüllung, und zwar den Unterschied zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise zur Zeit des Ablaufs der Nachfristen. — Der Klage wurde in allen Instanzen stattgegeben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die Ersatzpflicht der Beklagten hat das Ber.-Gericht, entsprechend dem Verlangen der Klägerin, nach der sog. abstrakten Schadensberechnung bestimmt. Dabei hat es bezüglich der einzelnen Monatslieferungen den Ablauf der dafür gesetzten Nachfrist als den für die Bemessung des Schadens maßgebenden Zeitpunkt angesehen. Die Revision ist der Ansicht, daß bei richtiger Anwendung der Vorschrift des § 249 BGB. nicht der Verkaufswert berücksichtigt werden dürfe, den die Ware zur Zeit des Ablaufs der Nachfrist gehabt habe, sondern daß zu vergleichen sei wie die Klägerin stehen würde, wenn die Beklagte vertragmäßig gehandelt, d. h. die einzelnen Lieferungen nicht nur überhaupt, sondern auch zu den im Vertrag vorgesehenen Zeiten ausgeführt hätte, und wie die Klägerin nunmehr dadurch steht, daß die Erfüllung überhaupt unterblieben ist. Das würde im vorliegenden Fall für die abstrakte Berechnung zu dem Ergebnisse führen, daß als Zeitpunkt, der bei der Ermittelung des Schadens zu berücksichtigen ist, an die Stelle des Ablaufs der mehreren Nachfristen, der jeweils in den dem Lieferungsmonat folgenden Monat fällt, der Anfang des letzteren Monats oder auch das Ende des Lieferungsmonats zu treten hätte.

Die Revision tritt mit dem Angriff in Gegensatz zu der in der Rechtsprechung herrschenden und namentlich auch vom Reichsgericht schon vielfach anerkannten Auffassung, daß der Käufer, der den ihm aus der Nichterfüllung erwachsenen Schaden abstrakt berechnet, grundsätzlich die Wahl hat, ob er den Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs oder des Ablaufs der Nachfrist heranziehen will. Ein Anlaß, von dieser Auffassung abzugehen, liegt nicht vor, insbesondere kann nicht anerkannt werden, daß sie der Vorschrift des § 249 BGB. widerstreite. Die Revision übersieht, daß — abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen — das über die Zeit der Leistung des Verkäufers Vereinbarte den Inhalt der Leistung nicht berührt, daß auch die verspätet

bewirkte Leistung, sofern sie nur sonst dem Vertrag entspricht, die Vertragsleistung ist. Die Tatsache, daß die Leistung nicht zur vereinbarten Zeit erfolgt, ist für sich allein in den Regelfällen überhaupt bedeutunglos und gewinnt erst durch den an besondere Voraussetzungen gebundenen Hinzutritt des Verzugs Einfluß auf das Vertragsverhältnis. Aber auch dieser Einfluß besteht nicht etwa darin, daß an die Stelle des ursprünglichen Vertragsverhältnisses etwas andres tritt, sondern das alte Vertragsverhältnis dauert weiter, bis der Käufer die in § 326 BGB. vorgesehene Umwandlung herbeiführt. Hat aber der Käufer bis dahin den ursprünglichen Erfüllungsanspruch gehabt, dann entspricht es der Vorschrift des § 249 Satz 1, wenn bei der Berechnung seines Schadens nicht die im Vertrage vorgesehene Leistungszeit, also die Fälligkeit als entscheidend angesehen wird, sondern die Folgen der Nichterfüllung nach dem Zeitpunkte beurteilt werden, in dem der Erfüllungsanspruch erlischt und durch den Schadenersatzanspruch ersetzt wird. Statt dieses Zeitpunktes kann der Käufer freilich auch den ihm vielleicht vorteilhafteren Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs seiner Berechnung zugrunde legen. Diese Vergünstigung rechtfertigt sich daraus, daß der säumige Schuldner, wie die Vorschriften der §§ 286. 287 BGB. ergeben, für die dem Gläubiger nachteiligen Folgen seines Verzugs einzustehen hat.

Gegen eine mißbräuchliche Ausnutzung der danach dem Käufer gebotenen Möglichkeit, durch die Wahl des Zeitpunktes der Fristbestimmung oder die Bemessung der Frist auf die Höhe des zu ersetzenden Schadens einzuwirken, ist der Verkäufer geschützt durch den in der Rechtsprechung anerkannten, im gegebenen Falle von dem Ber.-Gericht auch angewendeten allgemeinen Grundsatz, daß der Gläubiger bei der Fristbestimmung nicht gegen die Anforderungen von Treu und Glauben verstoßen, insbesondere nicht auf Kosten des Schuldners spekulieren darf. Ein weiterer Schutz des Verkäufers ergibt sich aus dem allgemeinen Wesen der abstrakten Schadensberechnung. Da die Zulassung dieser Berechnungsart nur auf der Vermutung beruht, daß der Käufer durch den Weiterverkauf den berechneten Gewinn hätte erzielen können, ist es dem Verkäufer im Einzelfall unbenommen, nach § 287 ZPO. frei zu würdigende Umstände darzulegen, die die Vermutung entkräften. Nach dieser Richtung hat die Beklagte in den Vorinstanzen nichts vorgebracht. Vielmehr hat sie sich auf den allgemeinen, mit der Vorschrift des § 249 BGB. und dem Wesen des Anspruchs auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung unvereinbaren Einwand beschränkt, daß die gesamte Schadensberechnung der Klägerin abzustellen sei auf Mitte Oktober 1914, also auf eine Zeit, zu der noch nicht einmal die erste Lieferung fällig war.

Hiernach war die Revision zurückzuweisen."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 25. Sept. 1917. J. B. & C. (Bkl.) w. L. Nchf. II. 100/17. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 107 S. 423.

---

67. Übernahme des Vermögens einer off. Handelsgesellschaft; keine Haftung aus § 419 BGB. für die Schulden.

Vgl. 65 Nr. 24.

BGB. §§ 419. 414 ff.; HGB. § 25.

Der Kläger hatte von der off. Handelsgesellschaft P. & St. in C. für die Vermittelung von Geschäften 5760 M zu fordern, auf deren Bezahlung er die Beklagte in Anspruch nahm, nachdem diese das Geschäft der erwähnten Handelsgesellschaft mit allen Rechtsverbindlichkeiten, insbesondere auch mit jener Provisionsschuld übernommen hatte. — Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Der Vorderrichter hat ohne Rechtsverstoß angenommen, daß es an einem besonderen Verpflichtungsgrunde fehlt, kraft dessen der Kläger gemäß § 25 Abs. 3 HGB. der Beklagten die Bezahlung der Provisionsschuld ansinnen könnte. Soweit § 419 BGB. in Betracht kommt, wird dessen Anwendbarkeit zutreffend unter Hinweis darauf verneint, daß die Beklagte nur das Vermögen der off. Handelsgesellschaft P. & St. und nicht auch das Vermögen der Teilhaber der Gesellschaft übernommen hat. Diese Begründung steht im Einklange mit der Ansicht, welche das Reichsgericht im Urteil III. 99/09 v. 1. Febr. 1910 (JW. 1910 242[30]) ausgesprochen hat. Der Tatbestand des § 419 Abs. 1 würde bei einer Sachlage der bezeichneten Art nur dann gegeben sein, wenn die off. Handelsgesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person hätte. Nach der herrschenden, auch vom Reichsgerichte ständig vertretenen Ansicht ist jedoch diese Auffassung nicht gerechtfertigt. Träger der im Gesellschaftsvermögen vereinigten Rechte sind vielmehr die Gesellschafter. Daß zur Erleichterung des Rechtsverkehrs das Gesellschaftsvermögen mit einer gewissen Selbständigkeit ausgerüstet ist, nähert die off. Handelsgesellschaft zwar einer juristischen Person, stellt sie einer solchen aber nicht gleich (RGEntsch. 65, 23 u. 227; 84, 111). Auch der wirtschaftliche Grund, welcher zur Aufstellung der Vorschrift im § 419 geführt hat, trifft auf den Erwerb des Geschäfts einer off. Handelsgesellschaft nicht zu. Die Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß da, wo die Vermögensmasse geblieben ist, welche die natürliche Unterlage des einem Schuldner gewährten Kredits bildet, auch die Befriedigung von den Gläubigern soll gesucht werden dürfen (RGEntsch. 69, 288; 85, 169). Die Kreditunterlage für den Gläubiger, der mit einer off. Handelsgesellschaft abschließt, bildet aber außer dem Gesellschaftsvermögen das gemäß § 128 HGB. neben diesem haftende Vermögen der Gesellschafter.

Auch insoweit ist ein Rechtsirrtum nicht ersichtlich, als das Ver.-Gericht ausführt, daß im Fall der Übernahme der Provisionsschuld durch die Beklagte ein Schuldverhältnis zwischen ihr und dem Kläger nicht hergestellt sein würde. Das Vorliegen einer befreienden Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB.) behauptet der Kläger, der die off. Handelsgesellschaft nach wie vor für haftbar erachtet, selbst nicht. Für die Annahme aber, daß die Beklagte

neben die off. Handelsgesellschaft als Mitschuldnerin habe treten und dem Kläger ein unmittelbares Recht auf die Provision ihr gegenüber habe einräumen wollen, sind ausreichende Anhaltspunkte in den Ergebnissen der Streitverhandlung nicht aufzufinden. Der Behauptung, daß ein Fall der Schuldmitübernahme vorliege, läßt sich allerdings nicht mit dem Vorderrichter der § 329 BGB. entgegenhalten, der den Fall der Erfüllungsübernahme im Auge hat. Dagegen ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift im § 328, daß ein Gläubigerrecht des Klägers durch den Schuldbeitritt der Beklagten nur erzeugt sein würde, wenn die Absichten der an der Vereinbarung der Übernahme beteiligten Vertragsparteien auf die Begründung eines solchen Rechts gerichtet gewesen wären.

Die Revision mußte hiernach zurückgewiesen werden."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 6. Juli 1917. B. (Kl.) w. M.Ges. in L. III. 126/17.

---

68. Umfang der Nebenrechte, die mit der von einem Gesamtschuldner berichtigten Forderung auf diesen übergehen.

Vgl. 63 Nr. 130; 66 Nr. 211.
BGB. §§ 426. 401. 412.

Die Kaufleute B. und W. in F., die gemeinschaftlich ein sog. Immobiliengeschäft betrieben, hatten der klagenden Bank zur Sicherheit für das ihnen eröffnete Kontokorrent zwei ihnen gehörige Hypotheken übertragen. Außerdem hatte ihr der Gesellschafter B. eine ihm persönlich zustehende Geldforderung an die Firma M. Sohn. in F. verpfändet. Die Kontokorrentforderung betrug schließlich 141076,50 ℳ. Anfang Juni 1915 befriedigte sich die Klägerin wegen dieser Forderung durch Einziehung der ihr verpfändeten Geldforderung des Gesellschafters B., über dessen Vermögen nach der Verpfändung, am 15. Oktober 1913, das Konk.-Verfahren eröffnet worden war. Mit der geschehenen Befriedigung erklärte der verklagte Konk.-Verwalter sein Einverständnis. Auf sein Verlangen trat ihm daraufhin Mitte Juni 1915 die Klägerin die ihr zur Sicherheit übertragenen Hyp.-Forderungen ab. Dabei hatte sie übersehen, daß der Anspruch auf Wiederübereignung der Hypotheken schon von einem andern Gläubiger gegen B. und W. gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen worden war. Sie focht nun die Übertragung der Hyp.-Forderungen an die B.sche Konk.-Masse wegen Irrtums an und klagte dann gegen den Konk.-Verwalter auf deren Rückabtretung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. — Der Klage wurde in den ersten Instanzen stattgegeben. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„— — — Hafteten die beiden Gesellschafter für die Kontokorrentforderung der Klägerin zugleich persönlich als Gesamtschuldner, so wäre in Frage gekommen, ob nicht der Beklagte auf Grund des § 426 Abs. 2 in Verbindung

mit den §§ 401. 412 BGB. berechtigt war, von der Klägerin die Abtretung der Hyp.-Forderungen ganz oder doch teilweise zu verlangen. § 426 Abs. 2 schreibt vor, daß, soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Gläubigern Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn übergeht. Auf diesen Paragraphen und auf die mit ihm zusammenhängenden Fragen geht das Oberlandesgericht mit keinem Wort ein, obwohl sich der Beklagte auch auf ihn berufen und darum schon das Landgericht auch ihn in den Kreis seiner Erörterungen gezogen hatte. Es hätte untersucht werden müssen, ob und inwieweit der Beklagte von dem Gesellschafter W. Ausgleichung verlangen konnte. Nach § 426 Abs. 1 Satz 1 sind zwar die Gesamtschuldner im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, aber nur, soweit nicht ein andres bestimmt ist, und ein andres braucht nicht ausdrücklich bestimmt zu sein, es genügt vielmehr (vgl. RGEntsch. 79, 291), wenn es sich aus den Umständen, insbesondere (vgl. Warneyer 1911 Nr. 394 und gerade für Gesellschaften RGEntsch. 85, 161/163) aus der Natur des zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnisses ergibt.

Der Mangel des Ber.-Urteils, der in dem Fehlen eines Eingehens auf § 426 Abs. 2 liegt, wäre unschädlich, wenn der Beklagte auch beim Bestehen eines Ausgleichungsanspruchs kein Recht auf Abtretung der Hyp.-Forderungen erworben hätte. §§ 401. 412 sagen nur, daß mit der abgetretenen oder kraft Gesetzes übergehenden Forderung die „Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft" auf den neuen Gläubiger übergehen. Um eine Hypothek, die für die Forderung der Klägerin bestellt gewesen wäre, handelt es sich hier nicht, auch nicht um ein Pfandrecht an einer Hypothek, noch weniger um eine Bürgschaft. Der Klägerin waren vielmehr Hyp.-Forderungen zu vollem Rechte sicherunghalber (fiduziarisch) abgetreten. Der Vorschrift in § 401 Abs. 1 kommt aber eine über den Wortlaut hinausgehende Bedeutung zu, sie erstreckt sich auch auf andre Nebenrechte (RGEntsch. 65, 418/419). Nach § 297 des 1. Entwurfs sollten allgemein die zur Verstärkung der Forderung dienenden Nebenrechte mit übergehen. In der 2. Kommission wurde zwar dieser Vorschrift die beschränkte Fassung des Gesetzes gegeben, dabei aber bemerkt (Prot. 1, 386), die gewählte Fassung, die angezeigt erscheine, weil unter Nebenrechten auch solche verstanden werden könnten, auf die die Vorschrift nicht passe (wie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht), schließe selbstverständlich die Anwendung der Bestimmung auf andre Nebenrechte nicht aus. Ob man jedoch bei der entsprechenden Anwendung so weit gehen kann, zu sagen, daß auch ein dem bisherigen Gläubiger (fiduziarisch) zu seiner Sicherung zu Vollrecht eingeräumtes Recht auf den neuen Gläubiger übergehe, kann zweifelhaft sein. Rechtlich ist die Sicherungsabtretung keine Verpfändung. Indessen das durch Sicherungsabtretung begründete Recht vertritt nicht nur wirtschaftlich die

Stelle eines Pfandrechts, sondern es weist auch in rechtlicher Beziehung dem Pfandrechte verwandte Züge auf. Das abgetretene Recht scheidet nicht endgültig aus dem Vermögen des Abtretenden (Anvertrauenden, Fiduzianten) aus, es soll vielmehr ebenso wie das Pfandrecht dem Gläubiger (Treuhänder, Fiduziar) nur zur Sicherung seiner Forderung dienen, und nur solange dieser Zweck es nötig macht, darf es der Gläubiger behalten (vgl. Warneyer 1910 Nr. 38 und RGEntsch. 89, 195). Das hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts beispielsweise dahin geführt, im Konkurse des Gläubigers den Abtretenden als Aussonderungsberechtigten und umgekehrt im Konkurse des Abtretenden den Gläubiger nicht als Aussonderungsberechtigten, sondern nur als Absonderungsberechtigten zu behandeln (vgl. u. a. einerseits Warneyer 1910 Nr. 38 und RGEntsch. 24, 45, anderseits RGEntsch. 45, 80 in SeuffA. 45 Nr. 155 und 55 Nr. 191). Das nötigt auch dazu, bei der rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes erfolgenden Übertragung einer Forderung, zu deren Sicherung ein Recht zu Vollrecht abgetreten ist, die §§ 401. 412 entsprechend anzuwenden. Wenn vielleicht auch nicht so, daß das sicherunghalber abgetretene Recht unmittelbar auf den neuen Gläubiger übergeht (vgl. insoweit RGEntsch. 89, 195), so doch in der Weise, daß der neue Gläubiger regelmäßig einen Anspruch gegen den bisherigen Gläubiger auf Übertragung des ihm sicherunghalber abgetretenen Rechts erwirbt. Der Wechsel des Gläubigers und damit des Treuhänders mag unter Umständen dem andern Teile zum Nachteil gereichen, aber diesen Nachteil muß er als eine Folge des Umstandes, daß er sein Recht sicherunghalber abgetreten hat, ebenso auf sich nehmen, wie sich den Wechsel des Gläubigers nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes derjenige gefallen lassen muß, der zur Sicherung der Forderung eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellt oder Bürgschaft geleistet hat.

Das Oberlandesgericht hätte hiernach ein Eingehen auf § 426 Abs. 2 und die mit ihm zusammenhängenden Fragen nicht unterlassen dürfen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 26. Nov. 1917. Konk. V. (Bkl.) w. B.-M. Bank (OLG. Frankfurt a. M.). IV. 308/17. Auch in RG.-Entsch. 91 Nr. 68 S. 277.

---

69. Haben beim Tode eines von mehreren Mietern oder Pächtern dessen Erben ein Kündigungsrecht?

BGB. §§ 569. 596.

Der Beklagte hatte im Jahre 1915 die in seinem Hause zu Nürnberg zum Betrieb einer Kaffeewirtschaft eingerichteten Räume an Julius K. und E. Z. bis zum Jahre 1925 um den anfänglichen Jahreszins von 11000 ℳ verpachtet. K. ist am 25. April 1916 gestorben. Die Kläger, seine Erben, kündigten die Pacht am 30. Juni 1916 auf 1. Oktober 1916; der Beklagte nahm die Kündigung nicht an. Mit der Klage verlangten die Kläger die Feststellung der

Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien auf 1. Oktober 1916. In den ersten Instanzen wurde die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. — Aus den Gründen:

„Das Bürgerl. Gesetzbuch hat nach § 569 im Fall des Todes des Mieters sowohl dessen Erben als dem Vermieter das Recht zur Kündigung des Mietverhältnisses unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gewährt. Dasselbe Kündigungsrecht kommt auch beim Tode des Pächters dessen Erben zu, dem Verpächter dagegen ist es versagt (§§ 581. 596 BGB.). Durch die Einräumung dieses Kündigungsrechts ist das Bürgerl. Gesetzbuch im Anschluß an das preuß. AllgLandrecht vom Standpunkt des gemeinen Rechts und andrer Gesetzgebungen abgewichen, die dem Tode des Mieters oder Pächters keinen Einfluß auf den Bestand des Miet- oder Pachtverhältnisses gewährten. Der gesetzgeberische Grund des Kündigungsrechts war, wie die Entstehungsgeschichte erkennen läßt (Mot. 2, 416; Prot. 2, 218 ff.; Kommiss. Bericht 1281), die Erwägung, daß der Tod des Mieters oder Pächters vielfach eine tiefgreifende Veränderung der häuslichen und wirtschaftlichen Verhältnisse mit sich bringe, daß die gewährte Kündigungsbefugnis meist den Absichten der Parteien entspreche und daß die Befugnis in hohem Maße geeignet sei, zufällige Härten und Unbilligkeiten auszugleichen. Eine ausdrückliche Bestimmung für den Fall, daß mehrere Mieter oder Pächter gemeinschaftlich den Vertrag geschlossen haben, ist im Bürgerl. Gesetzbuch nicht getroffen; es ist zwar an den erwähnten Stellen der Entstehungsgeschichte der besondere Fall der gemeinschaftlichen Miete durch Ehegatten erörtert worden, die Entscheidung der Frage ist jedoch der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen worden.

Das Ver.-Gericht hat für den vorliegenden Fall das Kündigungsrecht der Erben des verstorbenen einen Pächters verneint und dargelegt: § 569 BGB. bezwecke die Lösung des ganzen Mietverhältnisses. Diese könne aber durch die Kündigung der Erben des einen Mieters nicht herbeigeführt werden, weil der überlebende Mieter ein Kündigungsrecht nicht habe und weil die Erben des andern das Kündigungsrecht nicht allein für sich ausüben könnten. Denn die Kündigung sei ein unteilbares Recht und könne, wie der Rücktritt (§ 356 BGB.) nur von allen und gegen alle Vertragsgenossen ausgeübt werden. Diese Darlegung entspricht der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung. Dieser ist jedoch nicht beizutreten.

Die Anwendung der für den Rücktritt in § 356 BGB. getroffenen Bestimmung ist nicht gerechtfertigt. Kündigung und Rücktritt sind begrifflich verschiedene Rechtshandlungen. Während die Kündigung das Schuldverhältnis für die Zukunft beendet, bedeutet der Rücktritt die Erklärung, daß das wirksam eingegangene Geschäft als nicht geschlossen zu erachten sei (RGEntsch. 83, 400). Eine entsprechende Anwendung des in § 356 BGB. für den Rücktritt ausgesprochenen Grundsatzes der Unteilbarkeit der Rechtsausübung auf die Kündigung verbietet sich deshalb, weil dieser Grundsatz im Gesetze nur für be-

stimmte einzelne Rechtshandlungen, wie neben dem Rücktritt für die Wandelung, den Wiederkauf, den Verkauf und für einzelne andre Fälle (§§ 1066 Abs. 2, 1082. 1258 BGB.) vorgeschrieben ist. So hat auch das Reichsgericht anläßlich der Beurteilung der Frage, ob das Anfechtungsrecht i. S. von § 123 BGB. von mehreren Käufern oder Verkäufern nur gemeinschaftlich ausgeübt werden könne, die entsprechende Anwendung verneint (JW. 1907, 301; RGEntsch. 56, 423).

Das zwischen mehreren Mietern oder Pächtern mit dem Vermieter oder Verpächter begründete Rechtsverhältnis ist ein einheitliches; die Gebrauchsüberlassung an erstere ist regelmäßig eine unteilbare Leistung. Die Lösung eines solchen Rechtsverhältnisses nach dem Tode eines der Mieter oder Pächter kann daher nur eine einheitliche in dem Sinne sein, daß das Rechtsverhältnis auch für den überlebenden Mieter oder Pächter beendet wird. Die Fortsetzung des Verhältnisses durch einen der Mieter oder Pächter ist auf der Grundlage des ursprünglichen Verhältnisses nicht möglich. Würde sie stattfinden, so wäre, ähnlich wie in dem RGEntsch. 86, 60 entschiedenen Falle, die Begründung eines neuen Vertragsverhältnisses anzunehmen. Aus dieser Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses in Verbindung damit, daß § 569 dem überlebenden Mieter das Kündigungsrecht nicht gewährt, folgt jedoch noch nicht, daß eine Kündigung durch die Erben des verstorbenen Mieters unzulässig sei. Denn es besteht die Möglichkeit, daß nach dem Inhalt des Vertragsverhältnisses den Erben die Rechtsmacht zustehe, auch mit Wirkung für den Überlebenden die Kündigung zu erklären und daß sich dieser zu seinen Gunsten oder Ungunsten die Kündigung gefallen lassen müsse, auch selbst das Kündigungsrecht gewinne. Ob eine solche Rechtslage gegeben sei, ist nicht nach allgemeinen Grundsätzen, sondern nach den gesamten Umständen des einzelnen Falles unter Beachtung des dem § 569 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedankens, der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses und der Parteiabsichten zu entscheiden, ohne daß eine tatsächliche oder rechtliche Vermutung für die eine oder andre Auffassung Platz greift.

Zunächst ist das zwischen den mehreren Mietern oder Pächtern begründete Rechtsverhältnis zu untersuchen und zu erörtern, ob sich nicht hieraus das Recht der Erben auf die Kündigung mit Wirkung für den andern Vertragsgenossen ergebe. Nach der einwandfreien Annahme des Ber.-Gerichts bestand zwischen beiden Pächtern ein Gesellschaftsverhältnis. Gemäß § 727 BGB. wird die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, wenn sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrage etwas andres ergibt. Im Fall der Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters würde bei Bejahung der Unkündbarkeit des noch bis 1925 dauernden Pachtvertrags sich die Auseinandersetzung über die Gesellschaft noch jahrelang hinausziehen. Möglicherweise lassen sich auch aus der Art der Beteiligung der einzelnen Gesellschafter an der Gesellschaft und deren persönlicher und wirtschaftlicher

Lage Schlüsse darauf ableiten, ob die Erben im Hinblick auf die gebotene gegenseitige Rücksichtnahme zur Kündigung mit Wirkung für den überlebenden Mitpächter befugt seien. Man denke an den Fall, daß die Erben kleine Kinder sind, während der Erblasser ein betriebsamer, tüchtiger Mann war, der gerade für die Ausübung des geschlossenen Gesellschafts- und Pachtvertrags besonders sachkundig und geeignet war.

Weiterhin bedarf das Pachtverhältnis selbst einer Prüfung dahin, ob sich nicht aus dessen Gesamtumständen ein auch gegen den Verpächter wirksames Kündigungsrecht der Erben ergebe. Die Pacht gehört zu den Verträgen, die in besonderem Maße den Grundsätzen von Treu und Glauben unterworfen sind. In mannigfacher Beziehung muß bei der Pacht als einem auf eine gewisse Dauer eingegangenen Rechtsverhältnisse der Veränderung der Umstände Rechnung getragen werden. Eine solche besonders schwerwiegende Veränderung bringt gerade der Tod des Mieters oder Pächters mit sich. Die hierauf beruhende Vorschrift des § 569 BGB. ist dazu bestimmt, Härten und Unbilligkeiten auszugleichen. Von diesen Gesichtspunkten aus ist zu erwägen, ob nicht auch der Verpächter insbesondere, wenn er das Verhältnis der mehreren Pächter unter sich kennt, die Lösung der ganzen Pacht sich ansinnen lassen müsse.

Da das Ber.-Gericht bisher den Sachverhalt nach den besprochenen, für die Entscheidung erheblichen Richtungen noch keiner Erörterung unterzogen hat, so war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu anderweitiger Verhandlung und Entscheidung an das Ber.-Gericht zurückzuverweisen."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. Juni 1917. Kl. u. G. (Kl.) w. R. III. 25/17. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 85 S. 328.

---

70. Umwandlung einer Zinsenschuld in eine Darlehnsschuld; Folgen für die Verjährung und für die Verzinsung.

BGB. §§ 607. Abs. 2, 225. 248.

Der Klaganspruch stützt sich auf die Vereinbarung v. 15. April 1901, wonach der Beklagte dem Erblasser der Kläger gegenüber die Verpflichtung eingegangen ist, schriftliche Schuldanerkenntnisse dahin abzugeben, daß er die jeweils rückständigen Zinsen des ihm vom klägerischen Erblasser gewährten Darlehns als neue Darlehen schulde.

Eine solche Vereinbarung ist nicht um deswillen nichtig, weil sie, wie Beklagter meint, gegen § 225 Satz 1 BGB. verstieße. Allerdings hat hier die vereinbarte Umwandlung der Zinsschuld in eine Darlehnsschuld auch die Wirkung, daß von der Umwandlung an die Schuld nicht mehr gemäß § 197 BGB. in 4 Jahren, sondern gemäß § 195 BGB. in 30 Jahren verjährt. Nach der Umwandlung in ein Darlehn (§ 607 Abs. 2 BGB.) liegt eine Zins-

schuld nicht mehr vor, die Schuld ist vielmehr Darlehnsschuld geworden und kann auch nur innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist verjähren;

vgl. RG. in JW. 1906, 458; Oertmann Anm. 2 b γγ und Anm. 3 b zu § 196 BGB.; Planck Anm. 1 zu § 196 BGB.; Komm. von RGRäten Anm. 1 zu § 196 BGB.; Enneccerus BR. § 214 I; abweichend v. Staudinger Anm. 5 zu § 196 BGB.

Aber ein solcher Einfluß der Vereinbarung auf die Verjährungsfrist kann noch nicht ausreichen, das Geschäft als nichtig gemäß § 225 BGB. erscheinen zu lassen. Wollte man dies annehmen, so würde in jeder Stundung der Forderung, die gemäß § 202 BGB. die Verjährung hinausschiebt, ein Verstoß gegen § 225 BGB. zu finden sein. Das Reichsgericht hat diese Auslegung bereits verworfen und hat ausgeführt, daß unter § 225 BGB. nur solche Geschäfte fielen, die unmittelbar auf eine Erschwerung der Verjährung gerichtet seien, nicht aber solche, die nur in ihren Folgen mittelbar zu dieser Erschwerung führten (vgl. Warneyer RGRspr. 1908 Nr. 53; 1911 Nr. 259). Die Umwandlung einer Zinsschuld in eine Darlehnsschuld ist gesetzlich gestattet durch die Vorschrift des § 607 Abs. 2 BGB., die eine solche Umwandlung allgemein zuläßt ohne Rücksicht darauf, auf welchem Schuldgrunde die ursprüngliche Verbindlichkeit beruht. Ist die Umwandlung zulässig, so muß auch der hier vorliegende Vertrag zulässig sein, wonach sich der Schuldner zur Vornahme der Umwandlung verpflichtet. Die Folgen für die Verjährung ergeben sich dann aus der stattgehabten Umwandlung. Gegen § 225 Satz 1 BGB. verstößt aber die Abrede nicht, weil sie nicht zum Gegenstande hat eine vertragmäßige Verlängerung der Verjährung für eine ihrem Schuldgrund nach unverändert bleibende Schuld, sondern weil sie auf Umwandlung des ursprünglichen Schuldgrundes gerichtet ist und dadurch erst in weiterer Folge die Erschwerung der Verjährung bewirkt. Diese Verjährungserschwerung ist also nicht der Gegenstand einer hierauf gerichteten Vereinbarung, sondern sie ist die gesetzliche Folge der über die Änderung des Schuldgrundes getroffenen Abrede. Inwieweit der Umwandlungsabrede das nicht zum Inhalt des Geschäfts erhobene Motiv zugrunde lag, die Verjährung zu erschweren, kommt für den rechtsgeschäftlichen Tatbestand nicht in Betracht.

Beklagter will weiter die Nichtigkeit der Abrede daraus herleiten, daß Beklagter außer der Verpflichtung, anzuerkennen, daß er die rückständigen Zinsen als Darlehen schulde, in der Vereinbarung v. 15. April 1901 ferner die Verpflichtung übernommen habe, diese neuen Darlehen wiederum mit 4% zu verzinsen. Richtig ist, daß dieses letztere Versprechen gegen § 248 Abs. 1 BGB. verstößt und daher nichtig ist. Wenn demgegenüber geltend gemacht wird, daß eben nicht die ursprünglichen Zinsen, sondern die umgewandelten Darlehen verzinst werden sollten, so läßt die Ausnahmevorschrift des § 248 Abs. 2 Satz 1 BGB. erkennen, daß der § 248 Abs. 1 BGB. auch gegenüber solchen Umwandlungsgeschäften Geltung beansprucht, denn im Abs. 2 Satz 1 des § 248 ist als ausnahmsweise unter gewissen Voraussetzungen zulässig ge-

rade ein solches Umwandlungsgeschäft aufgeführt, woraus sich ergibt, daß es beim Fehlen dieser besonderen Voraussetzungen unter das Verbot des Abs. 1 fällt. Tatsächlich bietet die Vereinbarung, daß die Zinsschuld als neue Darlehnsschuld gelten solle, besonders leicht dem Gläubiger den Anlaß, sich Zinseszinsen auszubedingen, und es ist auch aus diesem Grunde anzunehmen, daß das Verbot des § 248 Abs. 1 BGB. sich auch auf Zinsen umgewandelter Zinsen erstreckt.

Demnach ist ein Teil der Vereinbarung v. 15. April 1901 nichtig, und die Folge ist nach § 139 BGB., daß das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht dargetan wird, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Mit dem Landgericht ist aber diese letztere Ausnahme als hier vorliegend anzusehen.

Urteil des OLG. zu Kiel (2. ZS.) v. 16. Jan. 1917. H. w. F. U. II. 98/15. SchlHolst. Anz. 1917, 225.

---

71. Die einseitige Verfügung eines Gesamthänders über seinen Anteil kann durch Genehmigung wirksam werden.

BGB. §§ 185. 719.

Die Zeugen H. und P. waren als Gesellschafter Miteigentümer des Grundstücks; sie konnten daher nur gemeinschaftlich über die Mieten verfügen, sie also auch nur gemeinschaftlich abtreten, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. In der Tat handelt es sich, wie der Wortlaut der Abtretungserklärungen ergibt und wie die Vernehmung der Zeugen H. und P. völlig klargestellt hat, bei den fraglichen Abtretungen nicht um eine gemeinschaftliche Verfügung der beiden Miteigentümer. Jeder von ihnen ist der irrigen Meinung gewesen, daß er — ohne Rücksicht auf seinen Miteigentümer — in der Lage sei, frei über die Hälfte der Mieten als seinen Anteil zu verfügen, und hat in diesem Sinne mittels Abtretung verfügt. Eine solche nach § 719 BGB. unzulässige Verfügung ist aber keineswegs nichtig. Nach § 185 BGB. ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt und sie wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Wenn also die Zedenten überhaupt keinerlei Recht an den abgetretenen Mieten besessen hätten, wäre die Abtretung durch die Genehmigung des Forderungsinhabers zur Wirksamkeit gelangt.

Nicht anders kann die Sachlage sich deswegen gestalten, weil die Mieten Gesamthandsvermögen waren. Wenn man mit dem Reichsgericht (Entsch. 65 S. 231) annimmt, daß die einzelnen Gesellschafter, wenn sie über das Gesellschaftsvermögen Verfügung treffen, damit über eigene, ihnen gehörige Vermögensgegenstände verfügen, so ist zwar § 185 BGB. nicht unmittelbar anwendbar, es handelt sich aber dann um eine Verfügung des Berechtigten,

zu der ihm — da die Verwaltung und demgemäß die Verfügung nur allen Berechtigten gemeinsam zusteht — die Verfügungsmacht fehlt. Ein auf solcher Beschränkung der Verfügungsmacht beruhendes Hindernis wird aber durch die Zustimmung derjenigen Personen, in deren Interesse die Verfügungsmacht des Berechtigten beschränkt ist, aufgehoben; denn wenn schon nach § 185 BGB. die Verfügung eines Nichtberechtigten durch Zustimmung des Berechtigten wirksam wird, so fehlt jeder Grund, solcher Zustimmung die Wirksamkeit zu versagen, wenn es sich nur um einen Mangel der Verfügungsmacht handelt; der gesetzgeberische Gedanke des § 185 BGB. trifft in einem solchen Falle nur in verstärktem Maße zu (vgl. dazu v. Tuhr B. R. 2 § 60 Anm. 19).

Nimmt man dagegen an, daß das Gesamthandvermögen und demgemäß die einzelnen Vermögensgegenstände vom Einzelvermögen der Teilhaber völlig getrennt sind, daß Subjekt des Gesamthandvermögens nicht die einzelnen Teilhaber, sondern nur die Teilhaber in ihrer Gesamtheit als Personengruppe sind, so handelt es sich bei der Verfügung eines Teilhabers über einen Gegenstand des Gesamtvermögens unmittelbar um einen Fall des § 185 BGB.; er ist nicht nur in der Verfügung über den Gegenstand im Hinblick auf das Mitverwaltungsrecht der übrigen Gesamthänder beschränkt, sondern es fehlt ihm als einzelnem auch die nur der Gesamtheit daran zustehende Berechtigung. Die Verfügung des einzelnen ist bei dieser Auffassung nicht anders anzusehen denn als eine Verfügung über eine fremde Sache.

Die vorliegenden Abtretungen sind daher infolge der gegenseitigen Genehmigungen wirksam geworden.

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 14. Nov. 1917. W.E.E. w. R. Chr. u. L. B. Bf. IV. 233/379/15. Nö.

---

72. Der Differenzeinwand verstößt auch dann nicht gegen die guten Sitten, wenn er schon beim Vertragschluß beabsichtigt war.

BGB. §§ 764. 138.

Der Kläger hatte im Jahr 1912 mit dem Beklagten Termingeschäfte in Kupfer gemacht. Er klagte einen Saldo von 900 *M* ein und machte zugleich in Erwartung des dann auch erhobenen Differenzeinwandes geltend, daß der Beklagte von vornherein bei Eingehung der Geschäfte die Absicht gehabt habe, einen Gewinn einzustreichen und den Verlusten mit dem Einwande der Unklagbarkeit des Geschäfts zu begegnen. Der Beklagte sei daher schadenersatzpflichtig und sein, des Klägers Schaden belaufe sich auf mehr als 900 *M*. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Da die Erklärungen des Klägers dahin zu verstehen sind, daß er die Klage nicht mehr darauf stützen will, daß es sich um zugelassene Börsentermingeschäfte handle, und daß er das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 764 BGB. nicht mehr bestreiten will, so steht nunmehr fest, daß durch

die der Klage zugrunde liegenden Geschäfte eine Verbindlichkeit nicht begründet worden ist.

Aber auch ein Schadenersatzanspruch steht dem Kläger nicht zu. Denn wenn der Beklagte, wie der Kläger behauptet, von vornherein die Absicht gehabt haben sollte, falls sich Differenzen zu seinen Lasten ergeben würden, diese nicht zu bezahlen, sondern von dem ihm gesetzlich zustehenden Rechte der Erfüllungsverweigerung Gebrauch zu machen, so war dies ein Umstand, mit dem der Kläger von vornherein rechnen mußte. Indem der Kläger in seinen Schlußscheinen von den offiziellen Börsenbedingungen zu seinem Vorteile so weit abwich, daß seine Termingeschäfte den Charakter als zugelassene Geschäfte verloren, setzte er sich stets der Möglichkeit aus, daß seine Kundschaft mit Berufung auf die gesetzlichen Bestimmungen die Erfüllung verweigerte. Er war also von Anbeginn auf den guten Willen der Kundschaft angewiesen; gesetzliche Zwangsmittel standen ihm gegen sie nicht zu Gebote.

Wenn nun der Beklagte für den Fall des Fehlschlages seiner Spekulationen von vornherein die ihm immer auch ohne sein Zutun offenstehende Möglichkeit ins Auge faßte und die Absicht hegte, sich der Bezahlung der Differenzen durch Berufung auf das Gesetz zu entziehen, so ist darin ebensowenig eine vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung des Klägers i. S. des § 826 BGB. zu erblicken, wie etwa darin, daß der Beklagte ohne ursprüngliche Absicht erst nach eingetretenem Verlust der Klage gegenüber von seinen Rechtsbehelfen Gebrauch gemacht hätte. Die Geltendmachung gesetzlicher Rechte kann nur im Fall der Schikane (§ 226 BGB.) unter den Gesichtspunkt von Treu und Glauben gebracht werden (vgl. auch RG. in JW. 1909, 54), wie schon der Satz des römischen Rechts es ausspricht: nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.

Dafür, daß der Beklagte besondere Anstalten getroffen hätte, um den Kläger in dem Glauben zu festigen, daß er es mit einem zuverlässigen Manne zu tun habe, der nie daran denken würde, sich der Bezahlung der Differenzen zu entziehen und daß der Kläger auf diese Weise zur Anknüpfung der Geschäftsverbindung mit dem Beklagten verleitet worden wäre, ist nichts hervorgetreten und von dem Kläger auch nichts behauptet worden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 13. Okt. 1917. S. (Kl.) w. Br. Bf. II. 75/17. B.

---

73. Die Befristung des Hypothekschuldners nach der BRVO. v. 8. Juni 1916 kommt auch dem Bürgen zugute.

Vgl. oben Nr. 50.

BGB. §§ 767 ff.

Die Beklagte hatte sich für eine der Klägerin zustehende Hypothekenforderung von 18000 ℳ selbstschuldnerisch verbürgt. Das Hyp.-Kapital wurde zum 1. Juli 1916 gekündigt, dem Hyp.-Schuldner aber nach der BRVO.

v. 8. Juni 1916 (RGBl. 62) eine Zahlungsfrist bis zum 1. Juli 1918 bewilligt. Die Klägerin verlangte nun Zahlung von der Beklagten als Bürgin; die Klage wurde aber in 2. Instanz abgewiesen. Aus den Gründen:

„Nach § 4 BRVO. über die Geltendmachung von Hypotheken rc.. v. 8. Juni 1916 kann das Amtsgericht des dinglichen Gerichtsstandes dem anerkennenden Schuldner eine Zahlungsfrist bewilligen. Diese Frist wirkt nach § 6 wie eine vom Gläubiger bewirkte Stundung. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die Frist ganz allgemein und in jeder Beziehung die Bedeutung einer Stundung hat. Wirtschaftliche und dem angeblichen Zwecke des Gesetzes entnommene Ergänzungen, wie sie die Vorinstanz im Anschluß an die Ausführungen des OLG. Stuttgart im Recht 1916 Nr. 323 anstellt, können — ganz abgesehen von der Frage ihrer Richtigkeit — dieser allgemeinen Fassung gegenüber nicht ins Gewicht fallen und nicht dahin führen, den § 6 einschränkend dahin auszulegen, daß die Frist nur im Verhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner wie eine Stundung wirke. Es finden darnach die allgemeinen rechtlichen Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuchs über die Wirkung einer dem Hauptschuldner vom Gläubiger gewährten Stundung für den Bürgen Anwendung. Diese Wirkung wird gemäß der akzessorischen Natur der Bürgschaft durch § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB. dahin bestimmt, daß der Bürge die Stundungsbewilligung als eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede auch für sich geltend machen kann. Das Recht des Bürgen in dieser Beziehung geht sogar so weit, daß einer entgegenstehenden Abrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner die Wirksamkeit versagt wird (RGEntsch. 56, 312; 59, 228).

In der Rechtsprechung ist die zu entscheidende Frage, soweit ersichtlich, unter der Herrschaft der Bkm. v. 8. Juni 1916 noch nicht erörtert. Das von der Vorinstanz angezogene Urteil des OLG. Stuttgart ist unter der Herrschaft der älteren Verordnungen, die im wesentlichen einen nur prozessualen Inhalt hatten und eine dem § 6 entsprechende Bestimmung nicht enthielten, ergangen. Im Schrifttum ist die Frage streitig. Stillschweig in JW. 1916, 1071 geht davon aus, daß schon das Inkrafttreten der Bekanntmachung, nicht erst die gerichtliche Fristbewilligung im Einzelfalle den Bestand der Verbindlichkeit des Hauptschuldners beeinträchtige und spricht darnach dem Bürgen auch in dem Falle, daß der Hauptschuldner eine Fristbewilligung noch nicht erlangt hat, ein wenn auch kraft der akzessorischen Natur beschränktes Recht auf die Befristung zu. Auf der andern Seite ist Scholz in JW. 1916, 926 der Meinung, daß die Verordnung ausschließlich den Hyp.-Schuldner schützen wolle. Zweifelnd ist anscheinend Zweigert nach Güthe-Schlegelberger Kriegsbuch 3, 78. Eine Mittelmeinung vertritt Nußbaum JW. 1916, 932; er gewährt dem Bürgenden Schutz jedenfalls dann, wenn der Hauptschuldner die Zahlungsfrist erwirkt hat. Dieser Meinung war beizutreten."

Urteil des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 11. Jan. 1918. 1 V. 74/17. A. H.

74. Über die Haftung der Bank aus einem gefälschten Scheck.

ScheckG. § 8.

Die Klägerin klagte gegen die Beklagte auf Zahlung von 1598,65 ℳ mit Zinsen mit der Behauptung: Im Dezember 1913 habe ihr damaliger Buchhalter W. einen ihr von der Firma St. & R. übersandten Orderscheck über 1598,65 ℳ auf die Filiale der Vogtländischen Bank in R. unberechtigt mit dem Giro ihres Prokuristen F. Sch. versehen und bei der Filiale W. der Beklagten diskontiert, den Erlös aber in eigenem Nutzen verwendet. Die Beklagte sei ihr zum Schadenersatze verpflichtet, weil sie an den nicht berechtigten Dritten gezahlt, und weil sie in grober Fahrlässigkeit unterlassen habe, die Namenszeichnung F. Sch. zu prüfen. — Das Oberlandesgericht bestätigte die vom Landgericht ausgesprochene Klagabweisung mit folgender Begründung:

„Ob das Indossament auf dem der Klage zugrunde liegenden Scheck von W. gefälscht worden ist, kann für die Entscheidung dahingestellt bleiben.

Für die Entscheidung ist zunächst wesentlich, ob die Klägerin die Beklagte zur Herausgabe des Schecks hätte anhalten können, wenn sie die behauptete Veruntreuung und Fälschung entdeckt hätte, während die Beklagte noch im Besitz des Schecks war. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Beklagte, wenn sie nach Scheckrecht den Scheck selbst nicht herauszugeben hatte, aus diesem Rechte auch den Geldbetrag nicht herauszugeben braucht, der später an die Stelle des Schecks infolge der Einlösung durch die Vogtländische Bank getreten ist. In dieser Hinsicht kommt zunächst folgendes in Betracht.

Der Scheck bezeichnete als Zahlungsempfänger die Klägerin oder deren Order, war also zweifellos durch Indossament übertragbar (§§ 4. 8 ScheckG.). Nach § 8 Abs. 2 finden insbesondere in betreff der Legitimation sowie in betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe die Vorschriften der Art. 36 und 74 WO. entsprechende Anwendung. Die Beklagte als nach den Bestimmungen des Art. 36 WO. — d. h. im vorliegenden Falle durch das einzige damals auf dem Scheck befindliche Indossament — legitimierte Besitzerin hätte nach Art. 74 WO. zur Herausgabe des Schecks selbst nur dann angehalten werden können, wenn die Klägerin ihr nachwies, daß sie den Scheck in bösem Glauben erworben habe oder daß ihr bei dem Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Das gilt selbst wenn man davon ausgeht, daß sich die nach § 8 ScheckG. anwendbare Bestimmung in Art. 36 WO., wonach der Zahlende nicht verpflichtet ist, die Echtheit der Indossamente zu prüfen, nur auf den Wechselschuldner bezieht, nicht aber auch auf den Erwerber eines Wechsels im Wege der Diskontierung. Das Gesetz fordert in Art. 36 WO. nicht eine Reihe von ersten Indossamenten. Der falsche Schriftakt steht, was die wirksame Übertragung des Rechts aus dem Wechsel (oder Scheck) anlangt, dem ersten Schriftakt gleich. Auch der erste gutgläubige Nehmer erwirbt auf Grund des falschen Indossaments das Recht aus dem Wechsel (Scheck). Sein Erwerb

ist keineswegs immer ein grobfahrlässiger, wenn er sich über die Echtheit des Indossaments nicht vergewissert. Nicht der redliche Erwerber, der das Papier unmittelbar von dem Fälscher durch Indossament erwirbt, soll den Schaden tragen, sondern der frühere Wechselgläubiger. Seine Sache ist es, sich an den Fälscher zu halten. Die Sicherheit des Verkehrs fordert, daß für das Indossament des Fälschers der Grundsatz, wonach niemand mehr Rechte übertragen kann als er selbst hat, hier nicht gelten darf. Der Fälscher hatte zwar nicht das Recht, aber die tatsächliche Möglichkeit, über das Papier zu verfügen. Daher genügte für den Übergang des Rechts aus dem Papier sein Schriftakt. Diese Ausführungen Grünhuts in seinem Wechselrecht 2, 114 ff. sind allenthalben zu billigen.

Daß nun im vorliegenden Fall die Beklagte beim Erwerbe des Schecks in bösem Glauben gewesen sei, daß also der für sie tätig gewordene Angestellte die Unechtheit des Giros gekannt habe (Staub-Stranz WO. Art. 74 Anm. 3), behauptet die Klägerin selbst nicht. Das ist auch durch die Umstände des Falles in keiner Weise beanzeigt. Ebensowenig ist aber eine grobe Fahrlässigkeit der Beklagten gegeben. — — —

Nach alledem hätte aus dem Scheckrecht die Klägerin den Anspruch auf Herausgabe des Schecks nicht erheben können. Sie kann folgeweise auch nicht einen an dessen Stelle getretenen Anspruch haben. — — —

Klagegründe des Zivilrechts, auf welche Schadenersatz- oder Bereicherungsansprüche gestützt werden sollen, würden nur insoweit zulässig sein, als sie die Grundsätze des Scheckrechts nicht berühren. In dieser Hinsicht hat aber die Klägerin nichts Beachtliches vorgebracht. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 31. Jan. 1917. Schr. w. A. 2 O. 12/16. F—ch.

---

75. Verjährungsfrist für den Rückgriff der Berufsgenossenschaft gegen den Unternehmer, wenn die Klage erst nach Inkrafttreten der RVers.-Ordnung erhoben ist.

Vgl. 71 Nr. 85.

RVO. § 907, EinfG. Art. 6; GewUG. § 138; EinfG. z. BGB. Art. 169.

Am 6. Dezember 1912 erlitt der im Fleischereigeschäft der Beklagten beschäftigte Schulknabe S. dadurch einen Betriebsunfall, daß er beim Wurstmachen mit der rechten Hand in den durch einen elektrischen Motor getriebenen Fleischwolf geriet und dadurch diese Hand verlor. Durch Bescheid der Fleischereiberufsgenossenschaft v. 5. April 1913 hat diese dem Verletzten vom 7. März 1913 an eine vorläufige Unfallrente und durch Bescheid v. 28. Sept. 1914 eine Dauerrente zugebilligt. Den Ersatz für diese Renten verlangte sie mit der Klage von der Beklagten, die dagegen u. a. die Einrede der Verjährung erhob. Diese Einrede wurde verworfen:

„Der Unfall hat am 6. Dez. 1912 stattgefunden. Die ReichsVersich-Ordnung, soweit sie hier interessiert, ist erst am 1. Februar 1913 in Kraft getreten. Nun sagt allerdings ein Urteil des Reichsgerichts v. 10. Mai 1915 (JW. 1915, 797) und ein andres v. 23. Dez. 1914 (Warneyer Rechtspr. 1915, 96), daß in solchem Falle auf die Inanspruchnahme des Unternehmers durch die Berufsgenossenschaft für Aufwendungen die RVersOrdnung Anwendung finde. Allein damit sind die Verjährungsvorschriften nicht betroffen. Für die Verjährung gibt vielmehr Art. 6 EinfGes. z. RVersO. besondere Bestimmungen. Nach Abs. 3 dess. bestimmt sich der Beginn der Fristen allemal nach altem Recht, wenn der Unfall vor dem 1. Jan. 1913 stattgefunden hat. Daß hier unter den Fristen die Verjährungsfristen einbegriffen sind, folgt schon aus der ganz allgemeinen Fassung des Gesetzes und wird auch in der Begründung zum Gesetze ausdrücklich hervorgehoben (Hannow Komm. RVersO. I Art. 6 Note 1). Darnach wurde hier also mit dem 6. Dez. 1912 die Verjährungsfrist in Lauf gesetzt. Über die Dauer dieser Frist schreibt Art. 6 Abs. 2 vor, daß das alte Recht maßgebend sei, wenn darnach die Frist länger sei als nach der RVersO. Das ist hier der Fall. Nach § 138 GewUG. verjährt der Ersatzanspruch, da kein strafgerichtliches Urteil ergangen war, erst in zwei Jahren nach dem Unfalle. Gemäß § 907 RVersO. würde dagegen die Verjährungsfrist nur ein Jahr betragen. Die zweijährige Verjährungsfrist, die ebenfalls schon vor der Klagerhebung abgelaufen gewesen sein würde, ist hier aber gemäß § 138 GewUG. dadurch unterbrochen, daß Beklagter gegen die Mitteilung des Vorstandes der Berufsgenossenschaft von der beabsichtigten Geltendmachung des Ersatzanspruchs am 23. Mai 1914 die Genossenschaftsversammlung angerufen hat. Vom letztgenannten Tage an lief also nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift eine neue Verjährungsfrist, die bei der am 4. Jan. 1915 erfolgten Klagerhebung noch nicht beendigt war."

Urteil des OLG. zu Braunschweig (2. Senat) 18. Jan. 1916. 2 V. 75/15. A. H.

---

76. Beamtenhaftung; die Kosten eines Vorprozesses gegen einen dritten Ersatzpflichtigen als mittelbarer Schaden.

Vgl. 71 Nr. 208.

BGB. § 839; RGes. v. 22. Mai 1910.

Am 7. Sept. 1912 schleppte der Schlepper Roland den mit Weizen beladenen Leichter Joachim, von Brunsbüttel kommend, durch den Kaiser-Wilhelm-Kanal. Der Schlepper wurde von dem Kanallotsen B. geführt. In der Nähe von km 75,5 stieß der Leichter mit dem entgegenkommenden schwedischen Dampfer Freya zusammen. Er sprang leck und seine Weizenladung wurde beschädigt. Sie war bei den Klägern versichert, die den Schaden den Ladungseigentümern ersetzten und dann zunächst Klage auf Ersatz des Schadens gegen den Eigner des Leichters Joachim, August P. in Hamburg, erhoben.

In diesem Prozesse stand der jetzige Beklagte auf Streitverkündung der Kläger ihnen in allen drei Instanzen als Nebenintervenient zur Seite. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. In einem neuen Rechtsstreit verlangten die Kläger von dem Reichsfiskus Ersatz des Schadens, und zwar zuzüglich der Kosten des Vorprozesses. — Das Landgericht wies durch Teilurteil den Klaganspruch in betreff der genannten Kosten (6719,51 ℳ) nebst Zinsen ab. Auf Berufung der Kläger wurde der Anspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt; die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Kläger gründen ihren Anspruch auf Erstattung der Kosten des Vorprozesses auf § 839 BGB. und § 1 Ges. v. 22. Mai 1910 über die Haftung des Reichs für seine Beamten. In tatsächlicher Beziehung hat das Ber.-Gericht festgestellt, der Verlauf des Vorprozesses habe erwiesen, daß gegründeter Anlaß für die Kläger vorgelegen habe, zunächst den Schiffseigner P. zu belangen, auch habe der jetzige Beklagte im Vorprozesse als Nebenintervenient seine ernstliche Meinung dahin zu erkennen gegeben, daß ein Dritter (P.) für den eingetretenen Schaden hafte. Unter diesen Umständen müsse — so führt das Ber.-Gericht weiter aus — der Beklagte die Kosten auch des Vorprozesses als sog. indirekten Kollisionsschaden tragen. Die gegen dieses Ergebnis von der Revision erhobenen Bedenken sind nicht gerechtfertigt.

Das Ber.-Gericht verweist in den Gründen des angefochtenen Urteils auf mehrere Entscheidungen des Hans. Oberlandesgerichts (HansGZ. Hauptbl. 1901 Nr. 32; 1905 Nr. 125; 1909 Nr. 39; 1911 Nr. 46). In diesen Erkenntnissen wird als Grundsatz aufgestellt, daß in den Prozessen wegen Schiffszusammenstoßes oder in ähnlichen Fällen (vgl. a. a. O. 1911 Nr. 46) die Kosten des Vorprozesses als mittelbarer Schade dann zuzusprechen seien, wenn sie auf Grund verständiger Erwägungen, also ohne Verschulden aufgewandt worden seien. Diese Bedingung liege insbesondere dann vor, wenn der Geschädigte zunächst eine Person auf Schadenersatz belangt habe, die sich nach näherer Klärung der Sachlage als nicht verantwortlich erweise, und wenn er dem — wie sich später herausstellte — wirklich Schuldigen den Streit verkündet habe, worauf dieser die Prozeßführung, sei es stillschweigend, sei es ausdrücklich, namentlich durch Beitritt gutgeheißen habe. Der Schuldige könne sich nicht beklagen, wenn er für die Kosten des von ihm gebilligten Vorprozesses aufkommen solle.

Es braucht nach Lage des gegenwärtigen Rechtsstreits nicht darüber entschieden zu werden, ob die dargelegte Rechtsauffassung ohne Einschränkungen zu billigen sei. Denn der gegenwärtig verfolgte Anspruch zeigt eine Besonderheit, welche die Pflicht zur Erstattung der Kosten des Vorprozesses als bedenkenfrei erscheinen läßt. Dem Kanallotsen B., der den Schlepper Roland geführt hat, fällt nur Fahrlässigkeit zur Last. Er und hier der an seiner Stelle verantwortliche Reichsfiskus kann also von dem Geschädigten nur dann in Anspruch

genommen werden, wenn dieser „nicht auf andre Weise Ersatz zu erlangen vermag" (§ 339 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Die Behauptung der Unmöglichkeit, anderweitigen Ersatz zu suchen, gehört zur Klagebegründung, und die Beweislast dafür trifft den Kläger (RGEntsch. 81, 430; 86, 287, in SeuffA. 71 Nr. 208). Im vorliegenden Fall kam als andrer Ersatzpflichtiger der im Vorprozesse verklagte Schiffseigner P. in Frage. Die Klägerinnen mußten also davon ausgehen, die Klage gegen das Reich könne nur dann durchdringen, wenn von P. kein Schadenersatz zu erlangen war. Diese Voraussetzung hatten die Klägerinnen nachzuweisen. So erscheint der Vorprozeß gegen P., mit dessen rechtskräftiger Entscheidung es nunmehr feststeht, daß von diesem kein Ersatz des Schadens zu holen ist, als eine Maßnahme, welche aus der durch den Schiffszusammenstoß hervorgerufenen Rechtslage als dessen natürliche, dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge entsprechende Folge hervorging.

Die Revision wendet ein, die Erhebung der Vorklage sei nicht auf ein Handeln des Lotsen B. zurückzuführen, sondern beruhe lediglich auf der eigenen freien Entschließung der Klägerinnen. Dies trifft nicht zu. B. hat den Schiffszusammenstoß verschuldet und ist für alle daraus erwachsenden Schadensfolgen verantwortlich. Eine verständige Würdigung der durch den Schiffsunfall geschaffenen Rechtslage mußte aber die Ersatz suchenden Geschädigten oder deren Rechtsnachfolger dazu führen, den Vorprozeß anzustrengen. Die Revision meint zwar, zur Geltendmachung der Ansprüche der Klägerinnen gegen den Reichsfiskus sei es keineswegs erforderlich gewesen, vorher durch einen Vorprozeß zu ermitteln, daß P. den Klägerinnen nicht hafte; dies hätte sich auch im Rahmen der Klage gegen den Reichsfiskus feststellen lassen. Dem ist jedoch ebenfalls nicht beizutreten. Es ist festgestellt, daß gegründeter Anlaß vorlag, P. für schadenersatzpflichtig zu halten. Aus diesem Grunde stand der Erfolg einer in erster Linie gegen das Reich zu erhebenden Klage im ungewissen. Eine sichere Feststellung der Nichthaftung von P. konnte nur in einem gegen diesen selbst geführten Prozesse erfolgen. Dies anzunehmen, ist hier um so weniger bedenklich, als die Erhebung des Zeugenbeweises sich in einem Prozesse gegen P. anders gestaltete als in dem Rechtsstreit gegen das Reich. Bei der Durchführung des Vorprozesses bewegten sich hiernach die Klägerinnen auf dem normalen, durch die Rechtsordnung gewiesenen Wege (vgl. Entsch. 81, 433). Sie durften diesen Rechtsstreit ebensowohl für erforderlich halten wie der jetzige Beklagte und frühere Nebenintervenient. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 10. Nov. 1917. D. Reich (Bkl.) w. Vaterl. VersGes. (OLG. Kiel). I. 123/17. Auch in RGEntsch. 91 Nr. 56 S. 232.



77. Inwieweit ist dem durch einen Eisenbahnunfall Beschädigten ein Berufswechsel anzusinnen, der eine Vorbildung erfordert?

Vgl. 63 Nr. 13 m. N.
HaftpflG. § 7; BGB. §§ 254. 843.

Der verklagte bayerische Eisenbahnfiskus war dem Grunde nach rechtskräftig verurteilt worden, dem Kläger zur Hälfte den Schaden zu ersetzen, den er bei einem Eisenbahnunfall am 3. Mai 1911 erlitten hatte. Streitig war noch, ob und in welcher Höhe der Kläger eine Rente wegen Erwerbseinbuße zu beanspruchen habe. Während das Landgericht eine solche bis zum 3. April 1920 zugesprochen hatte, begrenzte das Oberlandesgericht durch Teilurteil die Dauer der Rente bis zum Kriegsausbruch; es nahm an, daß der Kläger bis zum 1. Jan. 1912 monatlich 170 *M*, von da bis 1. Jan. 1914 200 *M* und von da ab 225 *M* verdient haben würde und durch den Unfall gänzlich erwerbsunfähig geworden sei. Dementsprechend wurde die Höhe der Rente bemessen und die Urteilssumme festgesetzt. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Der Kläger hat bei dem Unfall einen Schädelbruch mit langer Bewußtlosigkeit und schwerer Gehirnerschütterung erlitten und ein Nervenleiden davongetragen. Er hatte nach besonderer Vorbildung und längerer Lehrzeit den Beruf als Möbelzeichner ausgeübt, der, wie das Ber.-Gericht sagt, eine gewisse geistige Veranlagung und Gewandtheit erfordert. Nach dem Gutachten der ärztlichen Sachverständigen ist er zu 50% erwerbsbehindert. Das Ber.-Gericht hält diese Erwerbsbeschränkung als praktisch der völligen Erwerbsunfähigkeit gleichstehend. Die Betriebe, für die der Kläger in Betracht komme, beschäftigten Leute nicht, die nur zum Teil arbeitsfähig seien, und könnten sie nicht beschäftigen, so daß er in seiner früheren Stellung als Zeichner wie in ähnlichen Erwerbszweigen jedenfalls bis zum Kriegsausbruch keinen Erwerb mehr habe finden können, obwohl er es an gutem Willen zu arbeiten nicht habe fehlen lassen und jeder Anhalt mangle, daß er eine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht habe. Ein Berufswechsel, sei es mit neuer Vorbildung, sei es durch Übergang zu gewöhnlicher Handarbeit sei ihm aber nicht zuzumuten.

Diese Ansicht des Ber.-Gerichts ist allerdings insoweit nicht zu billigen, als es meint, dem Verletzten sei ein Berufswechsel, der eine neue Vorbildung erfordere, schlechthin nicht anzusinnen. Einen allgemeinen Grundsatz dieses Inhalts hat das Reichsgericht, soviel ersichtlich, auch nicht aufgestellt. Soweit der Verletzte den Rest seiner Erwerbsfähigkeit in einer ihm zuzumutenden Beschäftigung nutzbar machen kann, hat er keinen Schaden erlitten und ist der Ersatzpflichtige zu keiner Entschädigung verbunden. Der Kläger war, als ihn der Unfall betraf, 23 Jahre alt, und es ist nicht einzusehen, warum an sich ein junger Mann in diesem Alter nicht gehalten sein sollte, wenn er seinem bisherigen Beruf infolge einer Verletzung nicht mehr nachgehen kann, sich einem andern Beruf zuzuwenden, der seinem Bildungsgrad und seiner gesell-

schaftlichen Stellung entspricht und in dem er die ihm verbliebene Arbeitsfähigkeit verwerten kann. Ob dem Verletzten die Verpflichtung zu einem solchen Berufswechsel aufzuerlegen ist, wird durchaus von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Indes kommt hier auf die irrtümliche Auffassung des Ber.-Gerichts in diesem Punkt nichts an; denn, nachdem der Kläger, wie festgestellt, zahlreiche Versuche, eine neue Lebensstellung zu begründen, fruchtlos unternommen hat und aus allen Stellen ausscheiden mußte, weil er wegen seines nervösen Zustands sich als unbrauchbar gezeigt hat, war es Sache der Beklagten, die dafür darlegungs- und beweispflichtig ist, daß der Kläger, der durch den Unfall zur Aufgabe seines Berufs gezwungen wurde, anderweitig Verdienst finden könne, Berufe zu bezeichnen, in die der Kläger eintreten könne und, falls sie eine neue Ausbildung erheischten, die Kosten dafür zu bezahlen oder ihm zur Verfügung zu stellen. Der Beklagte hat aber in dieser Richtung nichts vorgebracht und nichts getan, nicht einmal bis zuletzt einen Beruf zu benennen gewußt, den der Kläger bei seinem Leiden ergreifen könnte. Insbesondere hat er nicht versucht, den Kläger in dem umfänglichen und vielgestaltigen Betriebe der Eisenbahnverwaltung, der fast für jede Art der Tätigkeit eine Gelegenheit bietet, mit einer angemessenen und geeigneten Beschäftigung anzustellen oder ihm nur den Vorschlag dazu gemacht. Der Beklagte hat sich darauf beschränkt, vom Kläger zu verlangen, er solle niedere Handarbeit verrichten, wozu er fähig sei. Dazu ist jedoch der Kläger zum Vorteil des Beklagten, wie das Ber.-Gericht zutreffend ausführt, nicht verpflichtet. ——"

Urteil des Reichsgerichts v. 28. Jan. 1918 (6. Sen.). W. w. bayer. EBFiskus. VI. 421/17. (OLG. München.) F—z.

---

78. Die Versäumung der Ausschlußfrist für die Anfechtungsklage des Konk.-Verwalters berührt nicht das Anfechtungsrecht des einzelnen Gläubigers.

AnfG. § 13 Abs. 4; KO. § 41.

Die Philipp B.schen Eheleute in Nieder-R. verkauften 1908 und 1909 an ihren Sohn Peter B. und dessen Ehefrau eine Anzahl von Grundstücken in der Gemarkung Nieder-R. Der Verkäufer Philipp B. starb am 25. Jan. 1910. Am 5. Dez. 1910 wurde der Nachlaßkonkurs eröffnet. Zum letzteren meldete der Spar- und Kreditverein zu Nieder-M. am 20. Dez. 1910 eine Forderung an, die in Höhe von 75000 *M.* anerkannt und festgestellt wurde, aber nur zum Teil Deckung fand und mit einem Restbetrage ausfiel. Am 3. Sept. 1912 wurde das Konk.-Verfahren eingestellt. Der Kläger als Verwalter des über das Vermögen des Spar- und Kreditvereins eröffneten Konkurses focht mit der Anfang November 1914 bei Gericht eingereichten Klage die erwähnten Kaufverträge und die mit ihnen zusammenhängenden Rechtshandlungen wegen Gläubigerbenachteiligung an. Die Klage wurde jedoch als verspätet

abgewiesen und die vom Kläger hiergegen eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg. Auf seine Revision wurde das Ber.-Urteil aufgehoben und die Sache an das Ber.-Gericht zurückverwiesen. Aus den Gründen:

„— — — Der am 5. Dez. 1910 über den Nachlaß des Schuldners, Philipp B., eröffnete Konkurs fand am 3. Sept. 1912 durch Einstellung des Verfahrens sein Ende. Erst später, im November 1914, wurde die vorliegende Anfechtungsklage erhoben. Der Verwalter im Nachlaßkonkurse hatte seinerseits die Erhebung einer Anfechtungsklage unterlassen; mit Recht zieht hieraus der Ber.-Richter den Schluß, daß das Anfechtungsrecht des Konk.-Verwalters infolge Ablaufs der in § 41 KO. gesetzten, mit der Eröffnung des Konk.-Verfahrens beginnenden einjährigen Ausschlußfrist untergegangen sei. Der Ber.-Richter zieht daraus aber weiter den Schluß, daß der Ablauf dieser Frist auch das Anfechtungsrecht des Klägers als Einzelgläubigers zum Erlöschen gebracht habe. Er führt in dieser Hinsicht zunächst zutreffend aus, es könne sich nur noch um eine Anfechtung nach § 3 Nr. 1 AnfG. handeln, da die in § 3 Nr. 3 und 4 bestimmten Ausschlußfristen auch unter Berücksichtigung der Bestimmungen des § 13 Abs. 4 AnfG. zur Zeit der Erhebung der Klage abgelaufen gewesen seien. Nach § 36 KO. werde, so führt er weiter aus, das Anfechtungsrecht während des Konkurses vom Konk.-Verwalter ausgeübt, und zwar als Vertreter und im Namen sämtlicher Konk.-Gläubiger, deren gemeinschaftliches Recht es sei. Deshalb bringe die Nichteinhaltung der einjährigen Ausschlußfrist des § 41 KO. das Anfechtungsrecht zum Untergang, und zwar nicht nur dem Konk.-Verwalter, sondern allen Konk.-Gläubigern gegenüber, ebenso wie dies durch Verzicht des Konk.-Verwalters, durch Vergleich mit diesem oder durch Erlaß seitens desselben geschehe. Nach § 13 Abs. 4 AnfG. könne der aus § 41 KO. hergeleitete Einwand der Klage des Klägers entgegengesetzt werden und sei sogar von Amts wegen zu berücksichtigen. Diese Auffassung finde in den Motiven zum AnfG. (S. 32) Bestätigung. Wenn in § 13 Abs. 4 AnfG. gesagt sei, daß nach der Beendigung des Konk.-Verfahrens Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konk.-Verwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes verfolgt werden können, soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt seien, so seien, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergebe, unter „Einreden" nicht nur Einreden im engeren Sinne zu verstehen, sondern auch Einwendungen andrer Art, insbesondere die stärker als bloße Einreden wirkende Einwendung der Erlöschung des Rechts durch Ablauf der Ausschlußfrist. Aus den Motiven zu § 34 des Entw. der KO. sei nicht zu folgern, daß § 34 (41) nur für das Konk.-Verfahren gelten solle. Es sei nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber im Konkurse die Anfechtung nur während eines Jahres, nachher aber noch zehn Jahre lang habe zulassen wollen, da ein wesentlicher Grund für die Bestimmung jener kurzen Ausschlußfrist der gewesen sei, für den Teilnehmer an den Rechtshandlungen Klarheit bezüglich derselben zu schaffen

und ihn nicht für lange Zeit in Ungewißheit über die Gültigkeit derselben zu lassen. Der Umstand endlich, daß bei einem über ein Jahr hinaus dauernden Konkurse dem einzelnen Gläubiger das Anfechtungsrecht ganz genommen würde, wenn der Konk.-Verwalter es nicht ausgeübt habe, stehe nicht entgegen, da der Konk.-Verwalter genügend Zeit gehabt habe, sich über die Anfechtungsfrage schlüssig zu machen, darin auch von dem Einzelgläubiger unterstützt werden könne und sich bei Versäumung der Frist unter Umständen den Gläubigern gegenüber regreßpflichtig mache.

Bei diesen Ausführungen ist nicht genügend Rücksicht genommen auf das Verhältnis, in dem die beiden in Betracht kommenden Gesetze, die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz, zueinander stehen. Die Konkursordnung regelt die Anfechtung im Konkurse, daneben hat die Anfechtung außerhalb des Konkurses im Anfechtungsgesetz ihre besondere Regelung erfahren. Für die Dauer des Konk.-Verfahrens gelangt freilich das Anfechtungsrecht der einzelnen Gläubiger in die Hand des Verwalters, der zu dessen Ausübung allein berufen ist (KO. § 36). Keineswegs aber geht das Anfechtungsrecht des Einzelgläubigers mit der Eröffnung des Konkurses unter, sondern es bleibt bestehen und kann nach der Beendigung des Konk.-Verfahrens verfolgt werden, allerdings nur soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Konk.-Verwalter erlangt sind (AnfG. § 13). Beide Gesetze enthielten ursprünglich Bestimmungen über die Verjährung des Anfechtungsanspruchs; an deren Stelle ist später die Festsetzung entsprechender Ausschlußfristen getreten. Aber diese Bestimmungen stehen selbständig nebeneinander. Nach § 41 KO. kann die Anfechtung im Konkurse nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen. Dagegen ist in § 12 AnfG. für die Anfechtung der nach § 3 Nr. 1 anfechtbaren Rechtshandlungen eine zehnjährige Frist gesetzt worden. Das rechtfertigt die Annahme, daß die in § 41 KO. getroffene, für die Anfechtung im Konkurse maßgebende Fristbestimmung die Anfechtung außerhalb des Konkurses nicht berühre, eben weil für diese im AnfGesetz besondere Bestimmungen getroffen sind. Eine Bestätigung findet diese Auffassung darin, daß hinsichtlich der in § 3 Nr. 2 bis 4 AnfG. erwähnten Anfechtungsfälle in § 13 Abs. 4 bestimmt worden ist, die in § 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist solle, falls die Anfechtung nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konk.-Verfahrens erfolgt war, von diesem Zeitpunkte berechnet werden, sofern die Anfechtung bis zum Ablauf eines Jahres seit der Beendigung des Konk.-Verfahrens erfolge. Denn hier wird eine Unterscheidung danach, ob der Konk.-Verwalter seinerseits vom Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht hat oder nicht, überhaupt nicht gemacht, die Bestimmung gilt mithin auch dann, wenn der Konk.-Verwalter von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch gemacht hatte; das Gesetz legt mithin auf die Frage, ob die Anfechtung durch den Verwalter erfolgt war oder nicht, hier überhaupt keinen Wert. Wenn dies aber für die Fälle des § 3 Nr. 2 bis 4 AnfG. zutrifft, kann nicht wohl das

Recht der Einzelanfechtung im Falle des § 3 Nr. 1 durch den Ablauf der Frist des § 41 KO. berührt werden. Der Erwägung des Ber.-Richters: der Grund für die Bestimmung einer einjährigen Ausschlußfrist in § 41 KO. sei der gewesen, für den Teilnehmer an der anfechtbaren Rechtshandlung Klarheit bezüglich derselben zu verschaffen und ihn nicht für lange Zeit in Ungewißheit über ihre Gültigkeit zu lassen, ist entgegenzuhalten, daß dieser Grund auf die im Anfechtungsgesetz, insbesondere in dessen § 12 getroffenen Fristbestimmungen nicht paßt und insbesondere dann versagt, wenn die Einzelanfechtung bereits vor der Konk.-Eröffnung erfolgt war, der Anfechtungsgegner mithin davon, daß er dem Anfechtungsanspruch eines einzelnen Gläubigers gegenüberstehe, bereits vorher Kenntnis erlangt hatte. Nur über die Entschließung des Konk.-Verwalters, ob er von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen wolle oder nicht, soll nach der vom Ber.-Richter angezogenen Begründung des Gesetzes der Anfechtungsgegner nicht über ein Jahr hinaus in Unkenntnis gelassen werden.

In Übereinstimmung mit den Motiven zu § 34 des Entw. der KO. sowie mit der herrschenden Lehre (vgl. dazu insbesondere auch Jaeger, AnfG. § 13 Anm. 28) ist hiernach der Meinung, daß die Versäumung der in § 41 KO. gesetzten Frist eine dem Anfechtungsrecht des Einzelgläubigers entgegenstehende Einrede i. S. des § 13 Abs. 4 AnfG. nicht begründe, vor der gegenteiligen Meinung der Vorzug zu geben. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 6. Nov. 1917. Konk. SparV. D. (Kl.) w. B. (OLG. Darmstadt). VII. 259/17. Auch in RGEntsch. 91 Nr. 25 S. 90.

---

79. Die Unterhaltsrente der getrennt lebenden Ehefrau unterliegt nicht der Verwaltung und Nutznießung des Mannes.

BGB. §§ 1361. 1363.

— — — Der Mann hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Das hat, solange die häusliche Gemeinschaft besteht, in der durch die Lebensgemeinschaft gebotenen Weise (§ 1360 BGB.) durch Gewährung des Unterhalts im gemeinsamen Haushalt zu geschehen. Liegen die Voraussetzungen für ein getrenntes Leben der Eheleute vor, dann ist der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren (§ 1361). Mit dieser Rente soll sich die Ehefrau den Unterhalt, den sie im Hause des Mannes nicht mehr empfängt, beschaffen, sie muß deshalb über den Rentenbetrag zu verfügen berechtigt sein. Die gesetzliche Zweckbestimmung der Rente schließt es ohne weiteres aus, daß der Ehemann auf das, was er der Frau zur eigenen Beschaffung ihres Unterhalts an Geldbeträgen zu geben verpflichtet ist, güterrechtliche Gerechtsame geltend machen und ihr damit die Verfügung über die Rente entziehen könne. Es bedurfte bei der Regelung des Güterrechts im Gesetze keiner dies ausdrücklich

ausſprechenden, die Rente zum Vorbehaltsgut machenden Beſtimmung. Schon § 1361 bringt, indem er der Frau einen Rentenanſpruch gegen den Mann gibt, zum Ausdruck, daß der Mann dieſem Anſpruch nur als Schuldner gegenüberſteht und daß das zur Erfüllung des Anſpruchs zu gewährende Geld, weil es von der Frau zur Beſchaffung ihres Unterhalts verwendet werden ſoll, damit der ehemänniſchen Verwaltung und Nutznießung entzogen iſt. — —

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 15. Juni 1917. L. w. L. VII. 106/16 (OLG. Düſſeldorf). — Auch in RGEntſch. 90 Nr. 83 S. 323.

---

80. Keine Koſtenvorſchußpflicht des verklagten Ehemannes für eine ausſichtloſe Klage der Frau.

BGB. § 1387.

Wenn auch der Ehemann bei dem hier offenbar unter den Eheleuten beſtehenden Güterſtande der allgemeinen Gütergemeinſchaft ſeiner Ehefrau die Koſten eines gegen ihn ſelbſt geführten Prozeſſes bereitzuſtellen hat, ſo beſteht von dieſer Regel doch eine Ausnahme für offenbar ausſichtloſe Prozeſſe. Nach dem bisher vorliegenden Material ſcheint dem Gericht aber die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweiſende Urteil des Landgerichts zu Hamburg ausſichtlos zu ſein, und es liegt daher keine Veranlaſſung vor, dem Ehemann die Zahlung des Gerichtskoſtenvorſchuſſes aufzuerlegen.

Sollte daher auch die Pflicht zur Leiſtung des Vorſchuſſes an ſich gegeben ſein, ſo hat das Gericht doch bei ihm zuſtehenden freien Ermeſſen keine Pflicht, dem Antrage zu entſprechen.

Beſchluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 6. Febr. 1918. S. w. S. Bf. VI. 2/18. B.

---

81. Das Bezugsrecht auf neue Aktien iſt nicht Frucht oder Nutzung der Aktien.

Vgl. 72 Nr. 125.
HGB. § 282; BGB § 99.

Zum H.ſchen Familienfideikommiß gehören u. a. 270 Aktien der Aktiengeſellſchaft G. zum Nennwert von je 1000 ℳ. Dieſe Geſellſchaft hatte aus ihren Erträgniſſen bedeutende Rücklagen gemacht, über die durch Beſchluß der Generalverſammlung in der Weiſe verfügt wurde, daß das Aktienkapital von 30 auf 40 Millionen ℳ erhöht wurde, die hierzu erforderlichen 10 Millionen ℳ den Rücklagen entnommen und die für dieſen Betrag ausgegebenen neuen Aktien den Aktionären unentgeltlich im Verhältnis von einer neuen auf drei alte Aktien zur Verfügung geſtellt wurden. Das Fideikommißgericht erklärte die auf die 270 alten Aktien treffenden 90 neuen Aktien als Beſtandteil des Fideikommiſſes; da nach § 44 bayer. Fideikommißedikts der Fideikommißbeſitzer alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungseigentümers

habe und ihm die Verwaltung und der Genuß des Fideikommisses gebühre, hänge die Entscheidung von der Beantwortung der Frage ab, ob das Bezugsrecht auf neue Aktien als Frucht (oder Nutzung) der Aktien zu erachten sei; diese Frage sei aber zu verneinen;

mit Planck Bem. 3 zu § 99 BGB; Staudinger Bem. 2 A zu § 2112; BGB. v. RG.-Räten Bem. 3 zu § 1068; Staub Bem. 11 zu § 282 HGB.; Brand Bem. 3 a zu § 282 HGB.; HoldheimsZ. 15, 188; LeipzZ. 1913, 48 und 913; OLGRspr. 24, 140; 35, 22.

Die vom Nutznießer des Fideikommisses eingelegte Beschwerde wurde vom Obersten LG. zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Auch das Beschwerdegericht schließt sich der in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegend vertretenen Anschauung an, daß das Bezugsrecht auf neue Aktien nicht als Frucht oder Nutzung der Aktie zu erachten ist und demnach nicht dem Nießbraucher, sondern dem Eigentümer der alten Aktie gebührt.

Der Beweis allerdings, den das Fideikommißgericht für seine Ansicht aus dem Wortlaut des § 282 HGB. entnimmt, ist kein durchschlagender. Wenn dort jedem „Aktionär" der Anspruch auf Zuteilung eines seinem bisherigen Aktienbesitz entsprechenden Teils der neuen Aktien zugesprochen wird, so ist es durchaus nicht unzweifelhaft, ob unter dem „Aktionär" der „Aktionär als solcher", der Eigentümer im bewußten Gegensatz zu einem Nutzungsberechtigten gemeint ist. Der Ausdruck „Aktionär" könnte unter Umständen auch in dem Sinne „der aus der Aktie Berechtigte" auszulegen sein; es wird also durch den Wortlaut der angezogenen Gesetzesstelle die Streitfrage nicht gelöst. Mit Recht führt aber das Kammergericht in OLGRspr. 24, 139 aus, daß das Bezugsrecht auf neue Aktien weder ein Vorteil ist, den der Gebrauch der Aktie gewährt, noch eine Frucht i. S. des § 99 BGB., da es kein bestimmunggemäßer, regelmäßig wiederkehrender Ertrag ist, daß es auch nicht aus der Aktie selbst entsteht, sondern zu seiner Entstehung noch andrer mitwirkender Umstände — der Erhöhung des Grundkapitals und des Beschlusses der Generalversammlung — bedarf, daß es demnach ein neu erworbenes selbständiges Vermögensrecht bildet, das das Stammrecht des Eigentümers der Aktie vermehren soll, also diesem, nicht dem Nießbraucher gebührt. Der gleichen Ansicht sind außer den vom Oberlandesgericht genannten Schriftstellern auch noch Ehrenberg 3 Abt. I, 327 und Lehmann AktGesellsch. 2, 66. 465, woselbst ausgeführt ist, daß das Bezugsrecht ebensowenig eine Frucht der Aktie sei wie nach § 1083 BGB. die Prämie bei einem Prämienpapier. Die Richtigkeit dieser Anschauung will auch der Beschwerdeführer anscheinend für den Normalfall der Ausgabe neuer Aktien gegen Zahlung eines Übernahmepreises durch den Aktionär garnicht bestreiten, er glaubt aber, sie treffe dann nicht zu, wenn, wie hier, die für die Kapitalserhöhung erforderliche Summe den Rücklagen entnommen wird und die neuen Aktien den Aktionären ohne Entgelt zur Verfügung gestellt werden. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Für die

Aktiengesellschaft wäre der Erfolg ganz der gleiche gewesen, wenn sie nicht den von ihr eingeschlagenen Weg gewählt, sondern den für die Erhöhung des Stammkapitals erforderlichen Teil der Erträgnisse den Aktionären in Gestalt von Dividenden zugeführt und die für die Erhöhung des Stammkapitals benötigte Summe durch Einzahlungen der Aktionäre auf die neuen Aktien beschafft hätte. Es ist nicht einzusehen, welchen Unterschied es für die rechtliche Behandlung der neuen Aktien begründen sollte, daß die Gesellschaft, offenbar nur, um in der Festsetzung ihrer Dividenden nicht allzu hoch greifen zu müssen, den zweiten Weg gewählt hat.

Wenn der Beschwerdeführer meint, die von der Gesellschaft aus den Rücklagen geleisteten Einzahlungen seien als Frucht anzusehen und dasselbe treffe folglich auch auf die neuen Aktien zu, so ist das nicht richtig, denn die aus den Erträgnissen des Unternehmers gemachten Rücklagen sind eben nicht mehr „Frucht" i. S. des § 99 BGB., also bestimmunggemäßer, regelmäßig wiederkehrender Ertrag, sondern kapitalisierter Ertrag und demnach Mehrung des Stammvermögens. Gleicher Ansicht ist für den Fall der Ausgabe von Gratisaktien Winkler in LeipZ. 1913, 48.

Die Beschwerde war demnach als unbegründet zurückzuweisen."

Beschluß des Obersten LG. f. Bayern v. 18. Jan. 1918 betr. das H.sche FamFideik. III. 2/18. F—z.

II. Verfahren.

82. Der Nebenintervenient kann sein Rechtsmittel nicht verfolgen, wenn die unterstützte Hauptpartei das ihrige zurückgezogen hat.

Vgl. 45 Nr. 46.

ZPO. § 67.

Die Beklagten waren nach dem Klagantrage verurteilt worden; die Kosten des Rechtsstreits waren ihnen auferlegt, abgesehen von den Kosten der Nebenintervention, letztere waren dem Nebenintervenienten, der auf Streitverkündung der Beklagten diesen beigetreten war, auferlegt worden. Gegen dieses Urteil legten zunächst die Beklagten Berufung ein. Dann focht auch der Nebenintervenient das Urteil mit der Berufung an. Die Beklagten nahmen ihre Berufung vor der mündlichen Verhandlung zurück und ließen sich in dieser nicht vertreten. Die Berufung des Nebenintervenienten wurde als unzulässig verworfen. Aus den Gründen:

„Es fragt sich, ob der Nebenintervenient die von ihm eingelegte Berufung aufrechterhalten und durchführen kann, nachdem die von ihm unterstützte Hauptpartei ihre Berufung zurückgenommen hat. Die Frage ist im Hinblick auf die Vorschrift in § 67 ZPO. zu verneinen. Der Nebenintervenient kann Rechtsmittel innerhalb der für die Partei laufenden Frist selbständig einlegen,

hat aber auch die Hauptpartei das Rechtsmittel eingelegt und nimmt sie es zurück, so kann auch der Nebenintervenient sein Rechtsmittel nicht weiter verfolgen. Das folgt schon daraus, daß das Rechtsmittel — auch ohne eine dahingehende ausdrückliche Erklärung — stets als im Namen der Hauptpartei eingelegt gilt, so daß, wenn diese es nicht fortsetzen will, damit auch der Durchführung abseiten des Nebenintervenienten der Boden entzogen ist. Hinzukommt, daß in der dem Gericht und der Gegenpartei gegenüber abgegebenen Erklärung, die Berufung werde zurückgenommen, regelmäßig auch ein Verzicht auf das Recht der Berufung zu erblicken ist, dessen Wirksamkeit nach § 514 ZPO. nicht davon abhängt, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat. Liegt aber ein solcher Verzicht vor, so kann auch der Nebenintervenient den Prozeß nicht fortsetzen, weil diese Handlung mit einer Handlung der Hauptpartei in Widerspruch steht. Im vorliegenden Fall kann die Annahme eines Verzichts um so weniger in Zweifel gezogen werden, als die Zurücknahme der Berufung unstreitig auf Grund eines zwischen den Hauptparteien geschlossenen Vergleichs erfolgt ist. — — —

Da hiernach die noch weiter verfolgte Berufung des Nebenintervenienten an sich nicht statthaft ist, war sie nach § 535 ZPO. als unzulässig zu verwerfen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 1. Mai 1917. E. L. Konk. (Kl.) w. H. Bf. III. 340/16. B.

---

83. Kläger muß die Prozeßkosten tragen, wenn der Klagebetrag vor Zustellung der Klage bezahlt wird.

Vgl. 57 Nr. 18 m. N.; 59 Nr. 133; auch die folgende Nr. m. N.
ZPO. § 91.

Die sofortige Beschwerde ist form- und fristgerecht eingelegt, aber unbegründet. Von den in der Klage geforderten 6370,72 ℳ hat die Beklagte 5940,48 ℳ vor Klagezustellung bezahlt, den Restanspruch hat der Kläger fallen lassen. Durch die Auferlegung der durch den Restanspruch erwachsenen Kosten erachtet er sich nicht beschwert, wohl aber durch die Auferlegung der Kosten bezüglich des nach Einreichung, aber vor Zustellung der Klage bezahlten Betrages, und zwar deshalb, weil die Beklagte Anlaß zur Erhebung der Klage gegeben habe.

Die Verurteilung in die Kosten des Rechtsstreits auf Grund der prozessualen Kostenpflicht hat zur Voraussetzung, daß der Hauptanspruch zur Zeit der Klagerhebung begründet ist. Wird die Klage, trotzdem daß der Hauptanspruch erledigt ist, unverändert zugestellt, so ist sie als unbegründet abzuweisen und der Kläger muß die Kosten tragen. Dieser Kostenpflicht kann er sich nicht entziehen dadurch, daß er demnächst in der mündlichen Verhandlung den durch Zustellung der Klage rechtshängig gewordenen, unbegründeten

Hauptanspruch fallen läßt. Unabhängig von dieser durch das formale Unterliegen im Prozeß bedingten Kostenpflicht des Klägers kann ein materiellrechtlicher Anspruch auf Ersatz der Kosten bestehen, wenn, wie der Kläger hier behauptet, die Beklagte die Erhebung der Klage verschuldet hat. Dann begründet diese prozeßrechtlich unabwendbare Kostenpflicht des Klägers den Verzugsschaden, den die Beklagte auf Grund des materiellen Rechts ersetzen muß. Aber dieser Anspruch muß im Wege besonderer Klage geltend gemacht werden, wie das Landgericht mit Recht ausspricht. Denn es ist nicht der Anspruch auf Verurteilung der Beklagten in die Kosten des anhängigen Prozesses auf Grund der §§ 91 ff. ZPO., sondern ein Anspruch auf Ersatz der dem Kläger durch die Anstrengung dieses Prozesses entstandenen Kosten.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 21. Juni 1916. L. w. M. & H. Bs. V. 46/16. Nö.

---

84. Kostenpflicht, wenn die Klage ohne Zutun des Klägers erledigt wird.

Vgl. 63 Nr. 263 m. N.; 67 Nr. 117; 71 Nr. 97; auch die vorige Nr. m. N.
ZPO. §§ 91. 271.

Der Beklagte hat bei seinem Schuldner K. Sachen pfänden lassen, die die Klägerin dem K. auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt verkauft hatte und die noch nicht voll bezahlt waren. Die Klägerin ersuchte den Beklagten unter Vorlegung der Originalverträge vergeblich um Freigabe der Sachen und erhob sodann die gegenwärtige Klage mit dem Antrage, die Pfändung für unzulässig zu erklären. Nach Erhebung der Klage bezahlte der Beklagte den Restkaufpreis an die Klägerin, worauf diese in der ersten mündlichen Verhandlung anzeigte, daß der Hauptanspruch erledigt sei, und Verurteilung des Beklagten in die Kosten des Rechtsstreits erbat. Der Beklagte beantragte, die Kosten der Klägerin aufzuerlegen. — Das Landgericht hat zuungunsten des Beklagten erkannt. Mit sofortiger Beschwerde hat der Beklagte Aufhebung des Urteils und Verurteilung der Klägerin in die Kosten des Rechtsstreits erbeten.

Die von der Klägerin angezeigte Erledigung des Hauptanspruchs ist nach der Klagerhebung durch ein vom Willen der Klägerin unabhängiges Ereignis eingetreten. Die Kosten des Rechtsstreits hat daher die Partei zu tragen, die unterlegen wäre, wenn das Ereignis nicht eingetreten wäre. Da die Klägerin zur Zeit der Klagerhebung unstreitig Eigentümerin der vom Beklagten bei seinem Schuldner gepfändeten Sachen war, daher ihre Klage gemäß § 771 ZPO. begründet war und sie überdies schon vor Erhebung der Klage den Beklagten unter Vorlegung der ihr Eigentum dartuenden Verträge vergeblich um Freigabe ersucht hatte, Beklagter auch Einwendungen in der Sache selbst nicht erhoben hat, so hätte der Beklagte verurteilt werden müssen. Er hat daher die Kosten des Rechtsstreits zu tragen;

vgl. Stein ZPO.[10] Bem. III Abs. 2 zu § 91; HansGZ., Beibl. 1912 Nr. 172 S. 299; OLG. Kiel in OLGRspr. 9, 133; a. M. Mannherz bei Gruchot 49, 82.



Die Beschwerde war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 25. Jan. 1916 i. S. E. (Bkl.) w. F. Bs. Z. III. 6/10. B.

---

85. Prozeßkosten beim Unterliegen des Klägers auf Grund einer Aufrechnung.

Vgl. Bd. 58 Nr. 19.
ZPO. § 91; BGB. 389.

Klägerin hatte gegen den Beklagten auf Vollstreckbarkeitserklärung eines zwischen den Parteien ergangenen Schiedsspruchs geklagt und in 1. Instanz ein obsiegendes Urteil v. 27. Nov. 1915 erwirkt. Am 19. April 1916, nachdem der Beklagte gegen dieses Urteil Berufung eingelegt hatte, rechnete die Klägerin mit der dem Schiedsspruch zugrundeliegenden Forderung gegen eine Forderung auf, die der Beklagte gegen sie in einem andern Prozesse eingeklagt hatte. Durch Beschluß v. 15. Juni 1916 wurde die Aussetzung dieses Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses des Beklagten gegen die Klägerin angeordnet. Nachdem inzwischen dieser Prozeß entschieden und durch Urteil des 2. Zivilsenats dieses Gerichts v. 22. Mai 1917 die Aufrechnung mit der dem Schiedsspruch zugrunde liegenden Forderung für wirksam erklärt worden war, beantragten beide Parteien, die Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Gegner die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen. Dem Antrage des Beklagten wurde stattgegeben und die Kosten der Klägerin auferlegt. Aus den Gründen:

„Damit, daß die Klägerin mit der dem Schiedsspruch, dessen Vollstreckbarkeitserklärung sie in diesem Prozesse ursprünglich gefordert hat, zugrunde liegenden Forderung gegen eine Forderung des Beklagten aufgerechnet hat, hat sie ihrer Klage selbst die Grundlage entzogen. Denn unstreitig standen die beiden Forderungen sich schon vor der Erhebung dieser Klage gegenüber. Es ist dem Reichsgericht (vgl. Entsch. 50, 391, in SeuffA. 58 Nr. 19; JW. 1902 Beil. 2 S. 198) darin beizutreten, daß, wenngleich in solchem Fall die Beseitigung des Klaganspruchs selbst erst durch die Aufrechnungserklärung erfolgt (§ 388 BGB.), doch aus § 389 BGB. folgt, daß die Klage in solchem Fall von vornherein unbegründet war. Denn es tritt eine Rückwirkung der Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt des Gegenüberstehens der Forderungen ein, die eben zur Folge hat, daß die Klageforderung als im Augenblick des Gegenübertretens erloschen anzusehen ist. Mit Unrecht beruft sich die Klägerin insbesondere auch darauf, daß nach § 389 die Forderungen als erloschen „gelten" und nicht erloschen „sein" sollen. Denn nach dieser Bestimmung des Gesetzes ist es eben so anzusehen, als ob die beiden Forderungen in dem Zeitpunkt des Gegenübertretens erloschen sind, und stand der Klägerin alsdann kein Anspruch auf die Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruchs

mehr zu. Ist dies aber der Fall, so muß die Klage als von vornherein unbegründet erachtet und die Klägerin nach § 91 ZPO. mit den Kosten des Verfahrens belastet werden."

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (6. Sen.) v. 26. Jan. 1918. D. B. & Co. w. E. L. Nö.

---

86. Wert einer zu ersetzenden Hypothek.

Vgl. 60 Nr. 4 m. N.; 62 Nr. 106; 68 Nr. 147.

ZPO. § 287.

Für den Kläger waren auf zwei Hausgrundstücken an dritter Stelle zwei Hypotheken von je 8000 ℳ zur Sicherheit für höhere Forderungen eingetragen. Zur weiteren Sicherheit waren ihm die Mietzinsen aus den beiden Häusern abgetreten, er sollte sich aus ihnen befriedigen, soweit sie nicht zur Deckung der Lasten der Grundstücke nötig waren. Im Jahre 1912 sollte nun der Kläger auf Wunsch des Grundstückseigentümers die beiden Hypotheken gegen andre umtauschen. Der Notar, der die Abtretungen des Klägers beurkundete, gab jedoch dessen Hypotheken aus der Hand, ehe er die dafür versprochenen Hypotheken erhalten hatte. Der Empfänger der klägerischen Hypotheken veräußerte sie an einen gutgläubigen Dritten, sodaß der Kläger, da der Empfänger mittellos war, die beiden Hypotheken verlor. Da auch der Hauseigentümer unpfändbar war, klagte der Kläger seinen durch den Verlust der beiden Hypotheken entstandenen Schaden in Höhe von ℳ 16000 gegen den Notar ein. — Das Landgericht sprach dem Kläger die volle Summe zu. Das Ber.-Gericht dagegen schätzte den Wert der Hypotheken nur auf die Hälfte ihres Nennwerts, indem es ausführte: Ob die beiden Hypotheken einen Verkaufswert hätten, möge dahingestellt bleiben; jedenfalls erschöpfe sich ihr Wert nicht in ihrem Verkaufswerte. Sie hätten infolge ihrer Zinserträge und der Möglichkeit künftiger Wertsteigerung der Grundstücke einen inneren Kapitalwert. Hypotheken, die ein Jahrzehntlang ohne Stockung hohe Zinsen abgeworfen hätten, stellten einen erheblichen Kapitalwert dar, der nach freiem Ermessen zu bestimmen und danach auf die Hälfte des Nennwerts der Hypotheken, also auf 2 mal 4000 ℳ bemessen worden sei. — Die Revision wurde mit folgender Begründung zurückgewiesen:

„Nach § 287 ZPO. bedurfte die Schätzung des Schadens des Klägers auf die Hälfte des Nennwerts der Hypotheken keiner näheren Begründung. Die Möglichkeit, auf anderm Wege zu einer andern Bemessung des Schadens zu gelangen, macht die Schätzung des Ber.-Gerichts nicht unzulässig. Es ist auch nicht angängig, die Höhe des Schadens nach dem Werte zu bemessen, den die Hypotheken für den Kläger hatten, d. h. nach einem die 5%ige Verzinsung gewährleistenden Kapital, oder, da die Hypotheken unbestritten nur zum Nennwert zurückerworben werden können, dem Betrage von 16000 ℳ gleichzusetzen. Der regelmäßige Eingang der Hypothekenzinsen läßt sich in

diesem Sinne nur dann heranziehen, wenn sicher wäre, daß hierin auch in Zukunft keine Änderung eintreten würde; das läßt sich aber bei Hypotheken, die nicht an erster oder zweiter Stelle stehen, nicht sagen. Der weitere Umstand, daß die Hypotheken nur zum Nennwert zurückerworben werden könnten, kommt nicht in Betracht, da der Antrag des Gegners nicht auf Rückgabe der Hypotheken, sondern auf Ersatz des Schadens ging, der gerade darin besteht, daß der Kläger die Hypotheken nicht zurückerhalten kann. — — —"

Urteil des Reichsgerichtes (3. Sen. v. 22. Sept. 1916. H. (Kl.) w. H. (OLG. Frankfurt a/M.). III. 126/16.) Ka.

---

87. Fassung des Offenbarungseides für den gesetzlichen Vertreter eines zur Herausgabe einer Sache verurteilten Minderjährigen. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde.

Vgl. 67 Nr. 237 m. N.
ZPO. §§ 883 Abs. 2, 568 Abs. 2.

Es handelt sich vorliegendenfalls darum, in welcher Form der gesetzliche Vertreter eines zur Herausgabe einer bestimmten Sache verurteilten Minderjährigen, wenn diese Sache von dem das Urteil vollstreckenden Gerichtsvollzieher nicht bei ihm vorgefunden ist, den im § 883 Abs. 2 ZPO. vorgesehenen Offenbarungseid zu leisten hat.

Das Amtsgericht hat gemeint, der gesetzliche Vertreter müsse beschwören, daß er — der gesetzliche Vertreter — nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt habe, daß der minderjährige Schuldner die Sache — vorliegendenfalls einen Grundschuldbrief — nicht besitze. Das Landgericht dagegen hat den Eid dahin formuliert, daß der gesetzliche Vertreter seine nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung dahin erlangte Überzeugung zu beschwören habe, daß der minderjährige Schuldner den Brief nicht besitze und auch nicht wisse, wo der Brief sich befinde.

Es fragt sich zunächst, ob die gegen den letzteren Beschluß erhobene weitere — sofortige — Beschwerde mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 568 Abs. 2 ZPO., nach der nur dann, wenn in der Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde gegen sie statthaft ist, zugelassen werden kann. Die Frage ist zu bejahen. Die Beschwerung des Gläubigers durch den landgerichtlichen Beschluß gegenüber dem des Amtsgerichts liegt darin, daß nach ersterem der gesetzliche Vertreter, wofern er zwar selbst, nicht aber der minderjährige Schuldner weiß, daß sich der Brief in des letzteren (juristischem) Besitz befindet, den Eid, ohne sich einer Verletzung seiner Eidespflicht schuldig zu machen, abzuleisten vermag.

Die Beschwerde ist aber auch begründet. Das Gesetz faßt den Eid des § 883 Abs. 2 dahin, daß Schuldner die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo sie sich befinde; es fügt aber im Absatz 3 hinzu, daß das Gericht eine der Lage der Sache entsprechende Abänderung der Eidesnorm beschließen könne. Solche Änderung ist hier geboten, da nicht der Schuldner selber, sondern dessen gesetzlicher Vertreter eidespflichtig ist. Hinsichtlich des vom gesetzlichen Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei abzuleistenden zugeschobenen Eides (§ 473 ZPO.) ist anerkannten Rechtes, daß der gesetzliche Vertreter sowohl über seine eigenen Handlungen und Wahrnehmungen als auch über Handlungen und Wahrnehmungen der von ihm vertretenen Partei den Eid abzuleisten hat. Werden diese auch für die Fassung des Offenbarungseides nach § 883 Abs. 2 ZPO. passenden Grundsätze nach Maßgabe des Abs. 3 zur Anwendung gebracht, und wird dabei gebührend berücksichtigt, einmal, daß der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen nicht nur sein Prozeß-, sondern auch sein rechtsgeschäftlicher Vertreter ist, daß aber anderseits nicht der gesetzliche Vertreter, sondern nur der Minderjährige selbst zur Herausgabe der Sache verurteilt worden ist, so wahrt die in der Beschlußformel erfolgte Eidesfassung sowohl ausreichend die Interessen des Gläubigers als sie auch die Rechte der schwurpflichtigen Partei in keiner Weise verletzt.



Beschluß des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 26. Juni 1916. B. w. Chr. Bs. IV. 70/16. Nö.

---

88. Das Pfändungspfandrecht kann nicht wegen schlechten Glaubens des pfändenden Gerichtsvollziehers angefochten werden.

Vgl. 70 Nr. 53 m. N.

KO. § 30; BGB. § 166; ZPO. §§ 828 ff.

Die Klägerin forderte Schadenersatz, weil der Gerichtsvollzieher St. den ihm durch ihren Prozeßbevollmächtigten am 25. Februar 1914 erteilten Vollstreckungsauftrag gegen ihren Schuldner H. schuldhaft nicht vollzogen habe. Die Instanzen verurteilten nach dem Antrag der Klage: sie stellten gegenüber dem Einwande des Beklagten, eine etwaige Pfändung wäre gegen die Klägerin nach § 30 KO. anfechtbar gewesen, ein Schade sei der Klägerin also nicht erwachsen, fest, daß die Klägerin und deren Prozeßbevollmächtigter von der Zahlungseinstellung des Schuldners keine Kenntnis hatten, und der Ber.-Richter fügte hinzu, auf das etwaige Wissen des GerVollziehers von der Zahlungseinstellung komme es nach der Entscheidung des 7. Zivilsen. des Reichsgerichts v. 12. Mai 1914 in JW. 1914, 863[3] nicht an. — Die Revision bekämpfte lediglich diesen letzten Entscheidungsgrund und beantragte, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils auf die Berufung des Beklagten die Klage abzuweisen. Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Der Entscheidung des 7. Zivilsen. des Reichsgerichts v. 12. Mai 1914 muß beigetreten werden.



Der Beschluß der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts v. 2. Juni 1913, nach welchem der GerVollzieher dem ihn mit Pfändung beauftragenden Gläubiger nur als Beamter, nicht aus einem bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnis (Mandat, nach Bürgerl. Gesetzbuch ein auf Geschäftsbesorgung gerichtetes Dienstverhältnis) haftet (RGEntsch. 82, 85 ff.) hat S. 90 dahingestellt, ob die Befugnisse des GerVollziehers, mit Wirkung für und gegen den Gläubiger zu handeln, eine Vertretungsmacht desselben i. S. des § 164 BGB. begründen.

Dies ist zu verneinen. Die Vertretungsmacht besteht darin, daß die vom Vertreter im Namen des Vertretenen abgegebene privatrechtliche, insbesondere rechtsgeschäftliche Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt (§ 164), und gerade weil er der Erklärer des Willens ist, kommt für Willensmängel und für die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände nur die Person des Vertreters in Betracht, nicht die Person des Vertretenen, soweit nicht § 166 Abs. 2 einschlägt. Angenommen, es sei rechtlich möglich, daß der kraft seiner Amtspflicht zur Pfändung



schreitende GerVollzieher in betreff dieser seiner Amtshandlung zugleich eine privatrechtliche Willenserklärung im Namen des Gläubigers und mit Wirkung für denselben abgibt, so bleibt zu fragen, welchen Inhalt denn eine solche Willenserklärung haben könnte. Die Pfändung wird bewirkt durch Inbesitznahme der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen (ZPO. § 808), und durch sie erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande (§ 804). Die zwangweise (ZPO. §§ 758. 759) Inbesitznahme der Sachen kann eine privatrechtliche Willenserklärung des Gläubigers nicht sein, denn sie liegt außerhalb des Bereichs der privatrechtlichen Willensmöglichkeiten; sie ist also ausschließlich eine Amtshandlung des GerVollziehers, nicht aber zugleich eine privatrechtliche Willenserklärung, die der GerVollzieher für den Gläubiger auch nur abgeben könnte. Der Erwerb des Pfändungspfandrechts ist die an die Pfändung geknüpfte, gesetzliche notwendige Folge, die eines darauf gerichteten Willens des Gläubigers und einer auf sie abzielenden Willenserklärung des Gläubigers nicht bedarf, sondern ganz unabhängig von solchem Willen und solcher Willenserklärung von Rechts wegen eintritt. Auch das Pfändungspfandrecht, das nur eine Vorstufe der notwendig alsbald vorzunehmenden öffentlichen Versteigerung (ZPO. §§ 814. 816) und nur eine einstweilige, zugunsten des wachsamen Gläubigers getroffene Regelung der Rechtslage bis zur Versteigerung darstellt (Motive zu §§ 657. 658 des Entw. der ZPO.), liegt außerhalb des Bereichs der privatrechtlichen Willensmöglichkeiten. Es ist rechtsgeschäftlich garnicht erwerbbar; darum heißt es in § 804 Abs. 2 auch nur „es gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht". Die Kehrseite dieser Sätze zeigt sich in der Person des Schuldners,

an den als Empfänger die angebliche privatrechtliche, für den Gläubiger abgegebene Willenserklärung des GerVollziehers gerichtet sein müßte. Abgesehen davon, daß der Natur der Vorgänge nach dem Schuldner jedes Bewußtsein davon fehlen muß, der bei ihm pfändende und dadurch dem Gläubiger ein Pfändungspfandrecht erwerbende GerVollzieher trete ihm als privatrechtlicher Willenserklärer, als Willenserklärer für den Gläubiger, gegenüber, erhellt aus der Bestimmung des § 808 Abs. 3 ZPO.: „der Ger-Vollzieher hat den Schuldner von der geschehenen Pfändung in Kenntnis zu setzen" (entsprechend § 829 Abs. 3) unzweideutig, daß die Pfändung und deren Wirkung, das Pfändungspfandrecht, der vorherigen Kenntnis des Schuldners nicht bedarf, daß es gleichgültig ist, ob die angebliche privatrechtliche Willenserklärung des GerVollziehers dem Schuldner vorher zur Kenntnis kommt oder auch nur zugeht.

Der vermeintlichen Willenserklärung des GerVollziehers fehlt hienach ein privatrechtlicher Inhalt und ein privatrechtlich erforderlicher und bestimmter Empfänger (ein Anderer, demgegenüber sie abzugeben wäre).

Die Bestimmungen der Ziv.-Prozeßordnung und der Dienstanweisung ergeben aber weiter, daß der GerVollzieher die — tatsächlich immer fehlende — Absicht oder auch nur das — tatsächlich nie vorhandene — Bewußtsein, bei der Wegnahme der Sachen und bei dem dadurch für den Gläubiger entstehenden Erwerb des Pfändungspfandrechts privatrechtlich für den Gläubiger zu handeln, nämlich eine für und gegen den Gläubiger wirkende privatrechtliche Willenserklärung abzugeben, nicht nur nicht haben kann, sondern sogar nicht einmal haben darf. Der GerVollzieher ist kraft Gesetzes amtlich an die Vorschrift des § 775 gebunden; er muß pfänden, trotzdem daß ihm die Zahlungseinstellung des Schuldners oder der Antrag auf Eröffnung des KonkVerfahrens bereits bekannt war oder bekannt wird. Daß dieser gesetzliche amtliche Zwang des GerVollziehers zur Pfändung trotz seiner Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrag eine privatrechtliche Willensbetätigung des GerVollziehers ausschließt, ist bereits seit lange erkannt und vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochen;

im Urt. v. 5. Juni 1883, III. 36/83, RGEntsch. 9, 363 (SeuffA. 39, 70); im Urt. v. 5. April 1887, III. 317/86, unvollständig abgedruckt bei Bolze 4, 1519); im Urt. v. 11. Dez. 1899, IV. 245/99 in Gruchot 44, 1204/1206.

Eine die Zahlungseinstellung berücksichtigende Willensbildung und Willenserklärung des GerVollziehers für den Gläubiger setzt in erster Linie voraus, daß dem GerVollzieher hinsichtlich der Zahlungseinstellung und deren Rechtsfolgen Willensfreiheit eingeräumt ist, nämlich die Freiheit der Entschließung, ob die Pfändung wegen der ihm kund gewordenen, auf Zahlungseinstellung hindeutenden Tatsachen zu unterlassen oder trotzdem vorzunehmen sei. Eine solche Freiheit ist dem GerVollzieher aber gerade nicht eingeräumt: er muß trotz voller Kenntnis wirklicher Zahlungseinstellung pfänden

und dadurch dem Gläubiger das Risiko der späteren Anfechtung (RGEntsch. 21, 429, in SeuffA. 45 Nr. 8) und jedenfalls, wenn der Gläubiger die gepfändeten Sachen freigibt, die Kosten der Pfändung aufbürden; er haftet sogar dem Gläubiger kraft § 775 ZPO. dafür, daß er dies tue. Also kann seine Kenntnis nicht die Kenntnis des Gläubigers als des durch den GerVollzieher privatrechtlich gemäß § 164 BGB. Vertretenen sein. Es ist schlechterdings unmöglich, daß der GerVollzieher einen nach seiner Kenntnis dem Gläubiger offenbar gefährlichen und schädlichen Akt vornimmt und vornehmen muß und dabei doch zugleich eine der von ihm erkannten Ursache der Gefahr, nämlich der Zahlungseinstellung, gerade widerstreitende und trotzende Willenserklärung für den Gläubiger abgibt. Nimmt man entgegen dem für das frühere Recht ergangenen Beschluß der verein. Zivilsenate des Reichsgerichts v. 28. Juni 1883 (RGEntsch. 21, 420 ff, in SeuffA. 45 Nr. 8) an, daß die Pfändung trotz Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrag eine unerlaubte Handlung i. S. des BGB. ist, so würde sich sogar ergeben, daß der Gläubiger durch eine wissentlich rechtswidrige und doch durch § 775 ZPO. vorgeschriebene Handlung des GerVollziehers als seines Vertreters einer unerlaubten Handlung schuldig würde (RGEntsch. 21, 432).

Die Beseitigung dieses widerspruchvollen Wirrsals und die Lösung der ganzen Frage liegt in dem aus dem Dargelegten folgenden Grundsatze: es ist überhaupt rechtlich unmöglich, daß der GerVollzieher in bezug auf die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen seiner Amtshandlung, der Pfändung, und in bezug auf die gesetzlich bestimmten Wirkungen dieser seiner Amtshandlung zugleich privatrechtlich, insbesondere für den Gläubiger, handelt, daß er in bezug auf diese Voraussetzungen und Wirkungen zugleich einen privatrechtlichen, rechtsgeschäftlichen Willen, insbesondere für den Gläubiger, erklärt.

Die Akte des GerVollziehers sind, auch wenn ihm die zu pfändende Sache vom Schuldner freiwillig zu weiterer, selbstverständlich amtlicher Behandlung herausgegeben wird, rein amtliche, und ihre Wirkungen treten nicht kraft rechtsgeschäftlicher Regeln ein, sondern allein kraft bestimmter positiver Gesetzesgebote (§§ 804 Abs. 2, 815 Abs. 3. ZPO.).

Wie sehr im besonderen Grade das Pfändungspfandrecht den privatrechtlichen, rechtsgeschäftlichen Regeln entrückt ist, wird bestätigt durch die Unanwendbarkeit der nach § 1207 BGB. für das vertragmäßige Pfandrecht geltenden Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten: die gepfändete Sache muß dem Schuldner wirklich gehören, RGEntsch. 22, 270; 26, 104, (in SeuffA. 46, 36); 40, 292; 43, 180, (in SeuffA. 54 Nr. 199); 60, 72; eine dem § 898 ZPO. entsprechende Bestimmung ist für das Pfändungspfandrecht nicht geschaffen.

Gerade diese Bestimmung des § 898 zeigt übrigens, welche ernsten Bedenken sich nach dem Ausgeführten gegen die den Eigentumserwerb des Gläubigers durch den GerVollzieher als seinen Vertreter betreffende

Entscheidung des 6. Zivilsen. des Reichsgerichts v. 29. Juni 1911 in RGEntsch. 77, 24 (vgl. 39, 160, in SeuffA. 53 Nr. 5; 43, 180) ergeben. Diese Bedenken im einzelnen zu erheben und durchzuführen, erscheint hier, wo es sich nur um die Kenntnis des pfändenden GerVollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners und um die Bedeutung dieser Kenntnis für die Anfechtbarkeit des Pfändungspfandrechts handelt, weder geboten noch angezeigt. Es mag jedoch darauf hingewiesen werden, daß die Motive des durch die Novelle v. 17. Mai 1898 eingeführten § 898 ZPO. besagen: „Die Vorschriften des BGB. (§§ 892. 893. 932 ff, 1242) und des HGB. (§§ 366. 367) über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers gelten nur für den Erwerb durch Rechtsgeschäft und finden daher auf einen Erwerb, der im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, an sich keine Anwendung. Es liegt jedoch im Sinne dieser Vorschriften, wenn der Schutz auch demjenigen zuteil wird, welcher gemäß §§ 779 und 779c (= §§ 894. 897) erwirbt. Der Entwurf dehnt daher die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf den letzteren Fall aus.

Die Revision ist hienach als unbegründet zurückzuweisen."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 4. Mai 1917. Preuß. Staat (Bkl.) w. M. & Co. III. 29/17. Auch in RGEntsch. 90 Nr. 49 S. 193.

---

89. Anwendung des § 68 KO. auf den Fall der Pfandbestellung.

Vgl. 72 Nr. 234 m. N.

KO. § 68.

Der in Konkurs gefallene Kläger schuldete der Beklagten bei Konkursausbruch 28032 ℳ. Für die Schuld hatte seine Mutter eine ihr zustehende Hypothek von 27000 ℳ der Beklagten verpfändet. Während des Konkurses erhielt die Beklagte aus diesem Pfande 27000 ℳ. Demnächst wurde im Konkurs ein Zwangsvergleich auf 20 v. H. geschlossen. Der Streit drehte sich um die Frage, ob die Beklagte den Vergleichsbetrag von 20 v. H. von den ganzen 28032 ℳ oder nur von 28032 — 27000 = 1032 ℳ fordern könne. Beide Instanzen haben im ersteren Sinne entschieden. Aus der Begründung des BerUrteils:

„§ 64 KO., der die Frage der Rechtsstellung desjenigen Konk.-Gläubigers regelt, der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung hat, kommt nicht in Betracht. Denn nach Wortlaut und Sinn ist § 64, wie auch in der Wissenschaft und der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist, nur für den Fall anwendbar, in dem der Gegenstand der abgesonderten Befriedigung zum Vermögen des Konk.-Schuldners, nicht, wie hier, zum Vermögen eines Dritten gehört. Dagegen ist § 68 KO. wenn auch vielleicht nicht unmittelbar, so doch jedenfalls entsprechend, anwendbar. Dort ist bestimmt:

Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konk.-Verfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.

§ 68 KO. spricht also den Grundsatz aus, daß dann, wenn mehrere Personen „für dieselbe Leistung auf das Ganze" haften, und einer derselben in Konkurs gerät, Teilbefriedigungen durch einen andern der Verpflichteten auf die Konk.-Befriedigung ohne Einfluß sind. Daß diese Vorschrift auf den Fall Anwendung findet, wenn ein Bürge für die Konk.-Forderung haftet, ist allgemein anerkannt. Dabei hat das Reichsgericht bereits folgendes ausgesprochen: auch wenn der Bürge sich nicht für die Schuld in voller Höhe verbürgt hat, sondern seine Bürgschaft sich auf eine bestimmte kleinere Summe beschränkt, so haftet er doch „auf das Ganze", § 68 ist also auch in einem solchen Fall anwendbar (vgl. RGEntsch. 8, 290). Auch der Pfandschuldner haftet „auf das Ganze", selbst wenn das von ihm bestellte Pfand im Werte den Betrag der Hauptschuld nicht erreicht. Da auch sonst sowohl wirtschaftlich wie rechtlich (vgl. BGB. § 770 mit § 1211, § 774 mit § 1225, § 767 mit § 1210) das Pfandverhältnis dem Bürgschaftsverhältnis sehr ähnlich gestaltet ist, so rechtfertigt sich die, mindestens entsprechende, Anwendung des § 68 KO. auf diejenigen Fälle, in denen die Konk.-Forderung durch ein von dritter Seite bestelltes Pfand gesichert ist.

Der entgegenstehenden Ansicht von Jaeger KO. § 64 Note 3 a. E. und § 68 Note 4 kann sich das Ber.-Gericht nicht anschließen.

Urteil des OLG. zu Hamm v. 7. Jan. 1918. 4/5 U. 95/16.

F—th.

I. Bürgerliches Recht.

90. Eine Verordnung, die mit dem Tage ihrer Verkündung in Kraft treten soll, gilt vom Beginn dieses Tages an.

BGB. § 186 ff.

Am 5. Nov. 1915 hatte die Klägerin dem Beklagten 54 Barrel Tran zum Preise von 301 ℳ für 100 kg netto ab Kai Hamburg, prompt zu empfangen, netto Kasse gegen Lieferschein verkauft. Gemäß § 15 der Hamburger Platzusancen bedeutet „prompt" binnen drei Werktagen nach dem Tage des Abschlusses. Da der 7. November ein Sonntag war, endete diese Frist mit dem 9. November. Am 9. Nov. 1915 erschien im Reichsgesetzblatt Nr. 158 S. 735 die Verordnung des Bundesrats über Öle und Fette v. 8. November. Die Verordnung ist laut ihrem § 17 mit dem Tage der Verkündung in Kraft getreten, jedoch mit Ausnahme des § 16, der die Strafdrohung für Zuwiderhandlungen enthielt und erst vom 10. November an gelten soll. Die Verordnung bestimmt in den §§ 3 und 4, daß Tran nur durch den Kriegsausschuß abgesetzt werden darf und daß jeder, der solche Ware im Gewahrsam hat, sie dem Kriegsausschuß auf Verlangen zu einem im § 6 festgesetzten Preise von 250 ℳ für 100 kg überlassen muß. Klägerin übersandte den Lieferschein über die streitige Ware dem Beklagten durch die Post am Sonnabend, dem 6. November, und der Beklagte erhielt ihn am 8. November. Er schickte ihn am 9. November zurück, weil Klägerin wegen des in der Verordnung enthaltenen Absatzverbots die Ware nicht mehr liefern könne. Klägerin hielt die Ware zur Verfügung des Beklagten und klagte auf Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen. — Das Landgericht wies die Klage ab; Berufung und Revision blieben erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Verordnung über Öle und Fette ist laut ihrem § 17 mit dem Tage der Verkündung, dem 9. November, in Kraft getreten, mit Ausnahme jedoch des die Strafdrohung enthaltenden § 16, der seit dem 10. November gilt. Der Tag ist hierbei, wie in allen Bestimmungen solcher Art, als Zeiteinheit behandelt; es kann sich also nur fragen, ob die Verordnung mit dem Anfang oder mit dem Ende des 9. Novembers in Kraft getreten ist. Der Wortlaut spricht für den Anfang. So hat auch das Reichsgericht über eine gleichlautende

Bestimmung der Novelle zur ZPO. v. 5. Juni 1905 durch Beschluß v. 2. Okt. 1905 (VI. 459/05) entschieden. Im Streitfall wird die Richtigkeit dieser Auslegung noch dadurch bestätigt, daß die Strafdrohung des vom 10. November an geltenden § 16 offenbar einen Tag später als der übrige Inhalt der Verordnung in Kraft treten sollte.

Der Versuch der Revision, darzutun, daß jedenfalls das Absatzverbot des § 3 erst zugleich mit der Strafbestimmung des § 16 in Kraft getreten sei, ist verfehlt. Die Verordnung besagt durch den § 17 das Gegenteil. Mit der Geltung des Absatzverbots v. 9. November an ist es auch sehr wohl vereinbar, daß die Übertretung erst vom folgenden Tage an unter Strafe steht, und daß die Anmeldungen der Waren gemäß dem Stande vom 11. November erfolgen sollen.

Danach durfte die Klägerin schon am 9. November den Tran nur noch durch den Kriegsausschuß „absetzen". Daß unter Absetzen jede Veräußerung im Sinne des Bürgerl. Gesetzbuchs und darüber hinaus jedes wirtschaftliche Ausderhandgeben zu verstehen ist, hat der Senat schon bei Auslegung einer andern Kriegsverordnung in dem Urteil v. 24. April 1917 (II. 539/16) und in bezug auf die hier fragliche Verordnung neuerdings in dem Urteil II. 243/17 ausgesprochen. Dies stimmt auch mit dem Sprachgebrauch des vom Landgericht mit Recht herangezogenen Kaligesetzes v. 10. Mai 1910. Der Einwand der Revision, daß die Verordnung nicht die Erfüllung der vor ihrem Erlaß geschlossenen Verkäufe verbiete, ist also unhaltbar.

Somit durfte die Klägerin seit Beginn des 9. Novembers die Ware nicht mehr an den Beklagten liefern. Da Beklagter den Lieferschein am 8. November erhalten hat, war er bei Beginn des 9. Novembers keinesfalls mit der Abnahme in Verzug. Die Lieferung ist also nicht durch einen Umstand, den er zu vertreten hat, unmöglich geworden. Es liegt vielmehr ein Fall des § 323 BGB. vor. Klägerin ist von der Lieferpflicht frei, hat aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung verloren.

Denn der letzte Angriff der Revision, daß die Klägerin die Pflicht zur Übergabe der Ware vor dem 9. November durch Übersendung des Lieferscheins erfüllt habe, ist unberechtigt. Der Lieferschein ist nicht ein Papier, das die Ware vertritt. Auch ist in der Urkunde und in ihrer Übersendung keine Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe gegen den Verwahrer enthalten. Der Lieferschein ist vielmehr nur eine an den Verwahrer gerichtete, widerrufliche Anweisung, die Ware der in dem Scheine genannten Person auszuliefern; weshalb die Verbindlichkeit des Verkäufers, die Ware zu übergeben, erst dadurch getilgt wird, daß der Verwahrer sie der Anweisung gemäß tatsächlich ausliefert. Da dies ohne Schuld des Beklagten nicht geschehen ist, so ist die Revision zurückzuweisen."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 7. Dez. 1917. R. Gebr. (Kl.) w. H. (OLG. Hamburg). II. 293/17. Auch in RGEntsch. 91 Nr. 86 S. 339.

---

91. Der Wohnsitz der Garnison nach § 9 BGB. gilt nur für Berufssoldaten.

Vgl. 69 Nr. 209; 71 Nr. 104.
BGB. § 9.

Der bis zum Kriegsbeginn als Gärtner in Braunschweig wohnhaft gewesene Beklagte wurde von seiner Ehefrau auf Unterhalt verklagt, machte aber die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Landgerichts Braunschweig geltend, da er seit Kriegsbeginn als Militärperson seinen Garnisonort in Halberstadt (Preußen) habe, wenn er auch seit etwa Jahresfrist nach Blankenburg (Braunschweig) abkommandiert sei. Die Einrede wurde verworfen aus folgenden Gründen:

„Zu der nach § 263² ZPO. maßgebenden Zeit der Klagerhebung gehörte der Beklagte infolge der Mobilmachung als Sanitätsunteroffizier des Beurlaubtenstandes dem Inf.-Reg. 27 in Halberstadt an, war aber bereits im August 1915 zu dem Reservelazarett in Blankenburg abkommandiert. Nun hat sich der Beklagte auf § 9 Abs. 1 BGB. gestützt, wonach ‚eine Militärperson ihren Wohnsitz am Garnisonorte' hat. Richtig ist, daß der Garnisonort des Inf.-Reg. 27 Halberstadt ist und daß bei den gewöhnlichen Abkommandierungen der durch den Garnisonort begründete Wohnsitz der Militärpersonen regelmäßig nicht geändert wird (Colmar in DJZ. 1916, 1180; Verf. preuß. Kriegsm. v. 27. Febr. 1916 in pr. JMBl. 1916, 56). Ob von dieser Regel bei langfristigen Kommandos, wie hier, eine Ausnahme zu machen ist (Dresden in SeuffA. 69, Nr. 209), kann auf sich beruhen. Denn der Beklagte gehört überhaupt nicht zu den Militärpersonen i. S. des § 9 Abs. 1 BGB. Die gegenteilige Ansicht wird zwar in dem Komm. von RGRäten² § 9 Anm. 1 damit begründet, daß nach § 38 RMilG. v. der Mobilmachung an alle einberufenen oder freiwillig eintretenden Offiziere und Mannschaften des Beurlaubtenstandes ebenfalls zu den Militärpersonen des aktiven Heeres gehören (ebenso KG. in DJZ. 1915, 1036). Allein diese auch vom Braunschw. OLG. geteilte Ansicht (Braunschw. Z. 62 Bd. 2) ist nicht haltbar.

Der § 9 BGB. ist aus § 14 ZPO. in der Fassung vom 30. Januar 1877 übernommen, und letztere Vorschrift hat wiederum in § 39 Abs. 2 RMilG. v. 2. Mai 1874 ihr Vorbild. Im RMilGesetz aber wird, wenn man von der Bestimmung in § 59 Abs. 2 einmal absieht, der Ausdruck Militärpersonen nur von Berufssoldaten gebraucht. Insbesondere unterscheidet § 38 dess. ausdrücklich zwischen den „Militärpersonen des Friedensstandes" (A) und anderseits (B 2) allen in Kriegszeiten zum Heeresdienst aufgebotenen oder freiwillig eintretenden Offizieren 2c. und Mannschaften, welche ebensowenig wie die Offiziere und Mannschaften des Beurlaubtenstandes als Militärpersonen bezeichnet werden.

Daß in der Tat § 9 Abs. 1 BGB. den Ausdruck Militärpersonen nur in dieser Beschränkung auf Berufssoldaten versteht, folgt weiter aus der Be-

stimmung in Abs. 2. Darnach sollen die Vorschriften in Abs. 1 über den Wohnsitz des Garnisonortes keine Anwendung finden auf Militärpersonen, ‚die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen‘. Nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen aber auch im Kriege die zum Heeresdienste eingezogenen Nicht-Berufssoldaten. Denn nach dem Gesetze v. 11. Febr. 1888 § 24 besteht die Wehrpflicht für jeden Deutschen vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 45. Lebensjahre. Allerdings braucht er nicht während dieser ganzen Zeit bei der Waffe zu dienen, kann aber, soweit er tauglich ist, nach § 23 im Kriegsfall unbeschränkt herangezogen werden. Mit der weitaus herrschenden Meinung ist deshalb anzunehmen, daß auch im Kriegsfall durch § 9 Abs. 1 BGB. ein Wohnsitz für Nicht-Berufssoldaten nicht begründet wird."

Planck BGB. 4 und 9 Nr. 1; Enneccerus-Lehmann BR.[9] § 89 Nr. 14; Recht 1915, 318. 63; Schlegelberger in Gruchot 59, 234; Bayr. ObLG. im Recht 1915, 170, 2; OLG. München: OLGRechtspr. 32, 299; Stuttgart: Recht 1916, 1189; JW. 1916, 211.

Urteil des OLG. zu Braunschweig (2. Sen.) v. 27. Febr. 1917. 2 V. 109/16. A. H.

---

92. Das Mißverhältnis zwischen dem Vermögensvorteil und der Leistung muß vorhanden und dem Wucherer bekannt gewesen sein.

Vgl. 49 Nr. 239; 54 Nr. 10.
BGB. § 138 Abs. 2.

Beide Vorinstanzen hatten angenommen, daß der Anspruch des Klägers zwar an sich durch den vorgelegten Wechsel sich als begründet darstellen würde, daß er aber als unbegründet erscheine infolge der von dem Beklagten erhobenen Einrede, daß das dem Wechsel zugrunde liegende Rechtsgeschäft ein wucherisches und deshalb gemäß § 138 Abs. 2 BGB. nichtig sei. Hinsichtlich dieses Rechtsgeschäfts war in den Vorinstanzen festgestellt, daß der Kläger als Bevollmächtigter seiner Ehefrau an den Beklagten eine Reihe von Hypotheken im Gesamtbetrage von 45000 ℳ abgetreten hatte, durch deren Beleihung der Beklagte sich Gelder für die Ausnutzung seiner Erfindungen verschaffen wollte, und daß der Beklagte als Gegenwert dem Kläger zwei Wechsel zu je 30000 ℳ, darunter den eingeklagten Wechsel, ausgestellt habe. Gegen die Einrede des Wuchers behauptete der Kläger, die Wechsel der Beklagten seien mit Rücksicht auf dessen wirtschaftliche Lage wertlos geworden. Das Ber.-Gericht hielt diese Behauptung für unerheblich, weil der Kläger beim Vertragschluß von einer Mittellosigkeit des Beklagten, wie er selbst sage, nichts gewußt habe. — Das Reichsgericht hob auf und verwies zurück. Aus den Gründen:

„— — — Es liegt ein von Amts wegen zu beachtender Rechtsirrtum bei der Feststellung des auffälligen Mißverhältnisses zwischen der Leistung des Klägers und den Vermögensvorteilen, die er sich dafür hat versprechen oder gewähren lassen, insofern vor, als der Ber.-Richter erklärt, der Kläger könne mit der Behauptung, daß die Wechsel mit Rücksicht auf die wirtschaftliche

Lage des Beklagten wertlos gewesen seien, um deswillen nicht gehört werden, weil er das beim Vertragsabschluß nicht gewußt habe. Der Senat hat bereits ausgesprochen, daß von einem Mißverhältnis i. S. des § 138 Abs. 2 BGB. keine Rede sein könne, wenn die Leistung des angeblich Bewucherten lediglich in einem Wechselversprechen besteht, das wegen seiner Mittellosigkeit wertlos ist (V 130/15; Urt. v. 9. Okt. 1915).

Allerdings hat der 2. Zivilsenat in dem Urteil v. 28. Januar 1913 (II 538/12) Ausführungen gemacht, welche dahin verstanden werden können, daß nach dem Wortlaut des § 138 Abs. 2 es nicht auf den Wert des Versprechens, sondern auf den Wert des Versprochenen — also bei dem Versprechen einer Geldsumme lediglich auf deren ziffermäßigen Betrag — anzukommen habe. Aber auch in diesem Urteil ist ausgesprochen, daß die Mittellosigkeit des Versprechenden jedenfalls insofern in Betracht kommt, als bei der Feststellung des Wertes der Leistung des andern Teils — des angeblich wucherlich Ausbeutenden — das Risiko zu berücksichtigen ist, das er durch Hingabe von Vermögensstücken gegen ein bloßes, wenn auch wechselmäßiges, Versprechen eines Mittellosen übernimmt. Der Ber.-Richter scheint denn auch nicht verkennen zu wollen, daß die Frage der Wertlosigkeit der Wechsel erheblich sein würde, wenn der Kläger davon Kenntnis gehabt hätte. Der Ber.-Richter will ihn aber mit der Behauptung, daß die Wechsel wertlos gewesen seien, um deswillen nicht hören, weil er von der Wertlosigkeit nichts gewußt habe. Damit vermischt der Ber.-Richter in unzulässiger Weise den subjektiven und den objektiven Tatbestand des Wuchers. Er verkennt, daß das Bestehen eines auffälligen Mißverhältnisses ein objektives Erfordernis des § 138 Abs. 2 bildet, das zunächst, unabhängig von den Vorstellungen der Vertragsparteien, vorhanden sein muß, und daß zu diesem objektiven Tatbestandsmerkmale dann noch das Bewußtsein desjenigen, der sich die Vorteile versprechen oder gewähren läßt, von dem Vorhandensein eines auffälligen Mißverhältnisses hinzukommen muß, um den subjektiven Tatbestand, die Ausbeutung, zu erfüllen;

vgl. das Urt. des erkennenden Senats v. 27. Okt. 1917, V 105/1917; ferner RGEntsch. 60, 11; 86, 300.

Hat also der Kläger wirklich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten nicht gekannt und deshalb das Wechselversprechen für nicht wertlos gehalten, so würde dennoch nicht ausgeschlossen sein, daß das Rechtsgeschäft seinem objektiven Inhalt nach wegen der Wertlosigkeit des Wechselversprechens und des sich daraus ergebenden Fehlens eines auffälligen Mißverhältnisses des wucherlichen Charakters entbehrte.

Da das Urteil auf der dargelegten Gesetzesverletzung beruht, mußte es aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Ber.-Gericht zurückverwiesen werden.

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 28. Nov. 1917. B. (Kl.) w. G. — V. 308/17.



93. Verschiedene Arten von kaufmännischen Bestätigungsschreiben.

Vgl. oben Nr. Nr. 3 m. N.

BGB. § 151; HGB. § 346.

Es handelt sich hier nicht um ein mit rechterzeugender Kraft ausgestattetes Bestätigungsschreiben im Sinne eines annahmebedürftigen Vertragsantrages, sondern um ein Schriftstück, durch das der bereits längere Zeit vorher mündlich zustande gekommene Vertrag nachträglich als geschlossen bestätigt und so ein Beweismittel geschaffen werden sollte. Derartige Bestätigungsschreiben haben nur rechtbeurkundende Bedeutung, so daß Abweichungen oder Weglassungen in ihnen den Bestand des geschlossenen Vertrags nicht berühren (vgl. Staub HGB. Exkurs zu § 372 A. 38). Für sie gilt zwar die Regel, daß nach der Zweckbestimmung solcher schriftlicher Festsetzungen Punkte, die Gegenstand der Parteiberedungen waren, in dem Schriftstück aber keine Aufnahme gefunden haben, als aufgehoben anzusehen sind; der Gegenbeweis ist jedoch zulässig.

Aus dem Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 5. Nov. 1917. 5 O. 279/14. Ch.

---

94. Rücktritt des Verkäufers, wenn die zum Vertrieb im Ausland verkaufte Ware im Inland abgesetzt werden soll.

Vgl. 66 Nr. 44 m. N.

BGB § 242.

Der Kläger hatte vom Beklagten 20 t Cremor Tartari zum Preise von 204 ℳ für einen Doppelzentner zu den sich aus dem Bestätigungsschreiben ergebenden Bedingungen gekauft. Die Lieferung sollte darnach frei Bord Lübeck mit 10 t im Januar und mit 10 t im April 1915 erfolgen. Die ersten 10 t hat der Kläger erhalten. Ende April 1915 sandte der Beklagte weitere 5 t an den Kläger nach Veile. Diese Sendung wurde auf Wunsch des Klägers nicht über Lübeck, sondern auf der Eisenbahn verladen. Auf der Grenzstelle Woyens wurde sie indes aufgehalten, da nach der Absendung ein deutsches Ausfuhrverbot erlassen worden war. Der Beklagte ließ diese 5 t nach Leipzig zurücksenden. Inzwischen hatte der Kläger den Kaufpreis von 10200 ℳ dem Beklagten in einem Scheck überwiesen und ihn aufgefordert, die Ware zu seiner Verfügung zu halten, da sie in Deutschland verkauft sei. — Der Kläger beantragte, den Beklagten zur Lieferung von 5 t Cremor Tartari zum Preise von 204 ℳ für 1 dz innerhalb des Deutschen Reichs zu verurteilen. Der Beklagte lehnte die Lieferung ab, weil er die Ware nur zur Verwendung im Auslande verkauft habe und er sie infolgedessen nicht zur Verwendung im Inlande zu liefern brauche. Beide Instanzen billigten den Standpunkt des Beklagten und wiesen die Klage ab. — Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Im Schlußschein v. 12. Nov. 1914 ist allgemein, also für die Leistungen beider Parteien aus dem der Klage zugrunde liegenden Kaufvertrage Leipzig

als Erfüllungsort bedungen (§ 269 BGB.). Daran ist weder durch die im Schlußschein zu findende Bestimmung „Lieferung frei Bord Lübeck“ noch dadurch etwas geändert worden, daß die Parteien mit Rücksicht auf die kriegerischen Ereignisse später vereinbart haben, daß die Ware mit der Eisenbahn nach Veile versendet werden solle. Die Worte „frei Bord Lübeck“ betreffen an sich nur die Preisvereinbarung und bedeuten, daß die Beförderungskosten bis an Bord des die Ware zur Weiterbeförderung übernehmenden Schiffes in Lübeck in den Kaufpreis eingeschlossen, darnach (entgegen der Vorschrift in § 448 BGB.) vom Beklagten zu bezahlen sind. Daneben folgt aus diesen Worten, daß der Beklagte vertraglich übernommen hat, auf Gefahr des Klägers (§ 447 BGB.) die Versendung der Ware bis zu dem angegebenen Bestimmungsorte zu besorgen. Entsprechendes gilt auch hinsichtlich der späteren Vereinbarung, durch die der Beklagte es übernommen hat, die Ware auf der Eisenbahn nach Veile zu senden. Diese Versendung ist mit Rücksicht auf die Vertragsabrede, daß Leipzig Erfüllungsort sei, ein Geschäft des Klägers, zu dessen Besorgung sich der Beklagte verpflichtet hat. Der Beklagte ist daher nach § 242 HGB. an sich bei Ausführung der Übersendung an die Versandanweisung des Klägers auch dann gebunden, wenn sie von der beim Vertragschluß erteilten (frei Lübeck) oder der nachträglich vereinbarten Anweisung (nach Veile) abweicht. Die Berechtigung des Klägers, vom Beklagten die Beachtung einer veränderten Versandanweisung zu verlangen, ist indessen nach § 242 HGB. dahin einzuschränken, daß der Beklagte der veränderten Anweisung dann nicht nachzukommen braucht, wenn durch deren Ausführung seine Interessen erheblich beeinträchtigt würden.

Nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien steht fest, daß die Parteien schon früher wiederholt Kaufverträge über Cremor Tartari miteinander geschlossen haben und daß in diesen Fällen der Beklagte die Ware stets nach Veile, also nach Dänemark, an den Kläger übersendet hat. Im vorliegenden Falle war dem Beklagten freigestellt, ob er dem Kläger die Ware nach Veile, wie nachträglich bestimmt worden ist, oder frei Bord Lübeck übersenden wollte; im Schlußschein ist nach dem Zeugnisse Schm.'s dann „frei Bord Lübeck“ lediglich aus dem Grunde geschrieben worden, weil der Beklagte nicht recht wußte, wie die Lage der Frachtverhältnisse zur Zeit der Lieferung sein würde. Aus den Angaben der Sachverständigen ergibt sich nun für das Ber.-Gericht die Gewißheit, daß nach der Auffassung der am Handelsverkehr mit Cremor Tartari beteiligten Kreise einer Vertragsbestimmung „frei Bord Lübeck“ und auch der im vorliegenden Fall später getroffenen Abrede der Lieferung nach Veile die Bedeutung zukommt, daß der Käufer nicht berechtigt ist, die Auslieferung der Ware an einem Orte innerhalb der Grenzen des Deutschen Reichs und zur Verwendung im Inlande zu verlangen. Der einleuchtende Grund dieser Auffassung ist, wie die Darlegungen der Sachverständigen gleichfalls mit voller Gewißheit ergeben, daß der verkaufende Erzeuger vor einem Wett-

bewerb des Käufers im Inland geschützt sein soll und will. Der Käufer, dem die Ware ins Ausland geliefert wird, ist zwar nicht gehindert, sie ins Inland zurückzubefördern und auf diese Weise mit dem Verkäufer hier in Wettbewerb zu treten. Daß ein Käufer diesen Weg wählt, liegt indes, insbesondere wenn er dabei noch den deutschen Eingangszoll zu bezahlen hat, so fern, daß die Vertragschließenden diese Möglichkeit nicht ernstlich in Betracht zu ziehen brauchen. Ob die berichtete Verkehrserscheinung als ein Handelsbrauch anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben. Für die gegenwärtige Entscheidung genügt die Feststellung, daß die Verkehrsauffassung besteht. Bei Berücksichtigung dieser Verkehrsauffassung und der festgestellten Tatsachen, daß bei den früheren Abschlüssen der Parteien über Cremor Tartari die Versendung der Ware stets nach Veile erfolgt und daß auch für den Vertrag v. 12. Nov. 1914 nachträglich die Versendung mit der Eisenbahn nach Veile vereinbart worden ist, ist das Ver.-Gericht überzeugt, daß bei der Schließung des Vertrages v. 12. Nov. 1914 die Parteien stillschweigend darüber einverstanden gewesen sind, der Beklagte sei nur verpflichtet, die Ware dem Kläger nach Dänemark zu liefern. Der Beklagte hat demgemäß auch auf den Vertrag v. 12. Nov. 1914 die ersten 10 t dem Kläger unstreitig nach Dänemark geliefert und dann hinsichtlich der ihm jetzt abgeforderten 5 t den Versuch gemacht, gemäß der nachträglich getroffenen Versendungsabrede das Geschäft durch Übersendung der Ware nach Dänemark abzuwickeln. An der Ausführung ist er lediglich durch eine von seinem Willen unabhängige Maßnahme der deutschen Regierung gehindert worden. Das Ver.-Gericht ist davon überzeugt, daß der Kläger, wäre ihm die Ware nach Dänemark ausgeliefert worden, garnicht daran gedacht hätte, sie ins Deutsche Reich zurückzubefördern. Jedenfalls konnte der Beklagte damit rechnen, daß der deutsche Eingangszoll und die durch Zurückbeförderung nach Deutschland entstehenden sonstigen Unkosten ihm eine starke tatsächliche Sicherheit gegen eine Zurückbringung der Ware bieten würde.

Nach diesen Erwägungen kann der Kläger dem Beklagten nach Treu und Glauben nicht ansinnen, daß er durch Versendung der Ware nach Lübeck dazu mitwirke, eine ihm durch Eröffnung eines inländischen Wettbewerbs durch den Kläger nachteilige Verwertung der Ware zu ermöglichen. Der Kläger hat stets betont, daß er die Lieferung der Ware nach Lübeck zu ihrer Verwertung im Deutschen Reiche verlange, also entschlossen sei, dadurch mit dem Beklagten in Wettbewerb zu treten. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 26. April 1917. Friis w. Nopl. 1 O. 153/16. F—ch.

---

95. Erfüllungsort beim inländischen Abladegeschäft.

BGB. § 269. 157.

Die Vertragsbestimmung in der Schlußnote v. 14. März 1916 „Lieferung: März — Abladung von Holland, holländisches Ausfuhrverbot vorbehalten"

betrifft nur eine Bestimmung über die Zeit der Lieferung der Ware, zumal es sich nicht um ein eigentliches Überseegeschäft handelt. Der Gedanke, daß damit der Erfüllungsort für den Verkäufer, welcher gleich dem Käufer in Hamburg seine Handelsniederlassung hat und zur Zeit des Vertragschlusses hatte, nach Holland verlegt sei, widerspricht dem verkehrsüblichen Sinn der fraglichen Bestimmung. Dies um so mehr, als es zum mindesten ungewöhnlich sein würde, ein ganzes Land als „Erfüllungsort" zu bezeichnen. Vielmehr ist mangels besonderer entgegenstehender Umstände die fragliche Bestimmung für den Erfüllungsort des Verkäufers ohne Bedeutung.

Weitere Bestimmungen: „Preis . . . waggonfrei Duisburg" und „Zahlung: Kassa netto gegen Duplikatfrachtbrief" sind, wenn man jede einzelne für sich allein betrachtet, gleichfalls nach der hier fraglichen Richtung hin nicht entscheidend. Die erste Bestimmung ist an sich nur eine Maßgabe für die Preisberechnung und die zweite eine solche für die Zahlungszeit. Dies hindert aber nach anerkannten Rechtsgrundsätzen nicht, sie für die Frage, wo der Erfüllungsort des Verkäufers ist, zur Auslegung und Klarstellung des Vertragswillens heranzuziehen;

vgl. Düringer HGB.[2] 2, 526 VI Abs. 3; Staub HGB.[9] Erk. zu § 372 Anm. 31; Staudinger BGB. § 269 Anm. II. 1a.

Nun ist der fragliche Versand von Holland nach Duisburg auf dem Wasserwege erfolgt, und unbestritten ist diese Beförderungsart von den Parteien schon beim Vertragschluß in Aussicht genommen worden. Demgemäß ist der Vorderrichter zutreffend davon ausgegangen, daß der Duplikatfrachtbrief, den die Klägerin als Verkäuferin zu beschaffen hatte, um gegen diesen Zahlung des Kaufpreises zu erlangen, ab Duisburg (und nicht etwa ab Holland) zu lauten hatte und daß die Klägerin nicht nur die Versendungskosten bis Duisburg (waggonfrei Duisburg) zu bezahlen hatte, sondern die Ware in Duisburg zum Weitertransport auf die Bahn geben mußte. Dies weist aber mit genügender Klarheit darauf hin, daß die Beförderung der Ware bis Duisburg nicht eine bloße Nebenverpflichtung der Klägerin war, sondern zu ihren wesentlichen Vertragspflichten gehörte, so daß Duisburg als der Erfüllungsort für ihre Lieferungspflicht anzusehen ist. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 14. Mai 1917. A. H. (Kl.) w. T. — Bf. I. 18/17. B.

---

96. Die formungültige Änderung einer Vertragsbestimmung macht einen formgültigen Vertrag nicht ungültig.

Vgl. 61 Nr. 151 m. N.

BGB. § 313.

Das Landgericht hat die Unwirksamkeit des notariellen Kaufvertrags v. 15. Dez. 1916 daraus hergeleitet, daß die Parteien eine formlose Abänderung einer Vertragsbestimmung vereinbart haben. Das ist rechtsirrtümlich.

Ob diese Abänderung, die sich auf die Restkaufgeldhypothek von 2000 ℳ bezieht, der Form des § 313 BGB. zu ihrer Wirksamkeit bedurft hätte, kann auf sich beruhen. Auch wenn man dies bejaht, würde der formgültig abgeschlossene Kaufvertrag v. 15. Dez. 1916 nicht hinfällig geworden sein, da ein wirksam zustande gekommener Vertrag seine Wirksamkeit nicht dadurch verlieren kann, daß nach seinem Abschluß eine unwirksame Abänderung vereinbart wird. Das Gegenteil folgt auch nicht aus § 139 BGB., dessen Vorschrift auf einen derartigen Fall überhaupt nicht anwendbar ist, vielmehr nur den Fall betrifft, inwieweit sich Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts in betreff ihrer Wirksamkeit beeinflussen. Der auf den Kaufvertrag v. 15. Dez. 1916 gestützte Klaganspruch ist deshalb begründet.

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 9. Aug. 1917. St. w. H. U II. 92/17. SchlHolst.Anz. 1917, 218.

---

97. Reisegefahr beim überseeischen Abladegeschäft.

Vgl. 72 Nr. 173 m. N.

BGB. § 447.

Inhaltlich des Bestätigungsschreibens v. 6. April 1914 hat die Klägerin der Beklagten zehn Tonnen weißen China-Pflanzentalg, Juni bis August-Abladung von China cif Rotterdam, verkauft, und zwar Ware einer bestimmten näher angegebenen Beschaffenheit, Zahlung netto Kasse gegen Verladungsdokumente bei Ankunft des Dampfers. Die Beklagte hat nicht bestritten, daß die Verkäuferin zehn Tonnen weißen China-Pflanzentalg in der bedungenen Zeit mit dem Dampfer „Helgoland" nach Rotterdam verladen hat. Nach der bestrittenen Behauptung der Klägerin ist der Dampfer auf der Reise nach Kriegsausbruch in Alexandrien mitsamt der Ladung kondemniert und diese verkauft worden.

Klägerin hat der Beklagten unstreitig vor Klagerhebung das v. 8. Juni 1914 über die fragliche Abladung ausgestellte Konnossement angedient. Sie verlangt mit der Klage die Zahlung des Fakturenbetrages, da feststehe, daß der Dampfer nicht mehr ankommen werde und die Beklagte die Reisegefahr trage.

Die Beklagte steht demgegenüber auf dem Standpunkt, Bestätigungsschreiben und eigene Faktura der Klägerin ergäben, daß die Verkäuferin die Gefahr der Reise zu tragen habe. Klägerin könne in keinem Falle Zahlung verlangen, bevor sie nicht nachgewiesen habe, daß Ware der bedungenen Eigenschaften abgeladen sei.

Nach den von der Klägerin im gegenwärtigen Rechtszuge beigebrachten Schriftstücken hält sich der Senat für überzeugt, daß der Dampfer „Helgoland" in Alexandrien rechtskräftig mit der Ladung kondemniert und auch die hier streitigen zehn Faß Pflanzentalg verkauft worden sind. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt daher von der Frage ab, wer die Gefahr der Reise zu tragen hatte. Ist diese Frage zuungunsten der Beklagten zu beantworten, so ist sie

fachfällig, denn ihr Standpunkt, sie brauche keinesfalls eher zu zahlen, als bis die Klägerin nachgewiesen habe, daß Ware der bedungenen Qualität abgeladen worden sei, ist unrichtig. Zu zahlen war inhaltlich des Vertrages gegen Verladungsdokumente. Diese sind der Beklagten unstreitig angedient worden. Ob die Ware selbst die vertraglichen Eigenschaften besitze, mußte späterer Feststellung vorbehalten bleiben, da Beklagte zunächst einmal zur Vorleistung verpflichtet war. Ob es anders läge, wenn bereits bei der Andienung festgestanden hätte, daß die auf die Dokumente abgeladene Ware nicht von vertraglicher Beschaffenheit sei, bedarf keiner Entscheidung, da die Beklagte eine derartige Behauptung nicht aufgestellt hat.

Anlangend die Frage der Gefahrtragung, so handelt es sich im vorliegenden Falle um das typische überseeische Abladegeschäft. Nach feststehender Rechtsprechung genügt der Verkäufer solchenfalls seiner vertraglichen Verpflichtung, wenn er die Ware im überseeischen Abladeort nach dem Bestimmungshafen auf den Weg bringt und dem Käufer die über die gehörige Abladung ausgestellten Dokumente übergibt; jedenfalls für die erstgenannte Verpflichtung ist der Abladeplatz der Erfüllungsort für den Verkäufer. Demgemäß hat regelmäßig der Käufer die Gefahr der Reise zu tragen. Die sog. cif-Klausel betrifft nur die Kostenfrage und spricht gerade für die Gefahrtragung durch den Käufer.

Selbstverständlich ist es denkbar und in der Rechtsprechung auch anerkannt, daß die Parteien Abweichendes vereinbaren können. Da es sich hierbei aber um eine Ausnahme von dem Regelfall handelt, und zwar um eine Ausnahme, die im Handelsverkehr nach den bisherigen Erfahrungen nur selten vorkommt, so wird man solche Vereinbarung nur dann annehmen können, wenn ein dahingehender Wille der Parteien klar und deutlich und in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise zum Ausdruck gelangt ist.

Davon kann in dem hier der Beurteilung unterliegenden Falle keine Rede sein. Die Beklagte kann selbst nicht behaupten, daß eine ausdrückliche Abrede des Inhalts, daß vorliegenden Falls die Verkäuferin die Gefahr der Seereise zu tragen haben solle, getroffen worden sei. Die Beklagte hat vielmehr auf einen dahingehenden Willen der Vertragschließenden aus einigen im Vertrage vorgesehenen Klauseln geschlossen, aus denen sich ihrer Meinung nach ergebe, daß die Parteien stillschweigend die Gefahr der Reise der Klägerin aufgebürdet wissen wollten. Solcher Wille konnte aber diesen besonderen Abreden nicht zweifelfrei entnommen werden.

Die Klausel: „Netto Kasse gegen Verladungsdokumente bei Ankunft des Dampfers" enthält nach feststehender Rechtsprechung, die auch gegenüber neuerlichen Angriffen mit Recht aufrecht erhalten worden ist (vgl. HansGZ. Hauptbl. 1917 Nr. 14 S. 17) lediglich eine Zeitbestimmung; der Kaufpreis ist daher fällig, sobald feststeht, daß der Dampfer die Ware überhaupt nicht mehr anbringen wird. Die Frage der Gefahrtragung wird dadurch nicht berührt.

Die Klausel: „Erfüllungsort Hamburg" kann sich nach dem ganzen Zusammenhange nur auf die Verpflichtung des Käufers beziehen. Die Gefahrfrage hat auch dadurch nicht geregelt werden sollen. Dafür spricht auch die Stellung dieser vorgedruckten Klausel in dem jetzt überreichten Original des Bestätigungsschreibens.

Die Klausel: „Gegen diesen Kontrakt bestimmte oder verladene Quantitäten, die ihren Bestimmungsort nicht erreichen, validieren gegen denselben", soll offenbar nur bedeuten, daß Teilmengen, wenn sie auf diesen Kontrakt einmal verladen sind, unter allen Umständen, insbesondere ohne Rücksicht auf ihr späteres Schicksal, die vertraglich zu liefernde Menge entsprechend vermindern sollen. Mit der Regelung der Gefahrtragung hat auch diese Abrede nichts zu tun. Rechtlich ist sie, wie der 1. Richter zutreffend angenommen hat, bedeutungslos.

Die Klausel: „Folgen von höherer Gewalt entbinden die Verkäufer von rechtzeitiger Erfüllung des Kontraktes oder heben solchen auf", gewährt dem Verkäufer die Berechtigung, unter Umständen einseitig vom Vertrage zurückzutreten. Der Käufer kann sich auf die Klausel nicht berufen. Die Gefahrfrage wird durch sie nicht berührt.

Endlich hat sich die Beklagte für die Richtigkeit ihrer Ansicht darauf berufen, daß die Klägerin in ihrer Faktura bei dem Posten „Versicherung £ 310" vermerkt habe: „der diesen Betrag übersteigende Teil des Policenwertes gilt für Verkäufers Rechnung". Beklagte folgert aus diesem Vermerk, daß darnach der Verkäufer, der nur den Fakturenwert zu versichern brauche, im Fall des Untergangs der Ware den Überschuß der höheren Versicherungssumme zu beanspruchen habe, daß ihm also der Konjunkturgewinn zukommen solle; wem aber der aus der Versicherung entstehende Gewinn gebühre, der habe auch die Gefahr zu tragen. Ob die tatsächlichen Voraussetzungen, von denen die Beklagte bei diesen Ausführungen ausgeht, zutreffen, kann unerörtert bleiben. Sie rechtfertigen jedenfalls nicht den daraus gezogenen Schluß in seiner Allgemeinheit, und wenn sie es täten, so würde daraus noch keineswegs zwingend folgen, daß nun auch der Verkäufer durch jenen Zusatz seinen Willen habe zum Ausdruck bringen wollen, seinerseits die Gefahr der Seereise zu tragen. Die Frage ist und bleibt vielmehr, ob aus dem in dem Bestätigungsschreiben erschöpfend niedergelegten Vertragsinhalt der Wille der Parteien erhellt, bei diesem besonderen Vertrage abweichend von dem Regelfall die Gefahr der Seereise dem Verkäufer aufzubürden. Die Frage war aber zu verneinen, wie im vorstehenden ausgeführt.

Muß man sonach davon ausgehen, daß diese Gefahr auch im vorliegenden Falle vom Käufer zu tragen ist, so war die Beklagte nunmehr, da nach den jetzt beigebrachten Urkunden für die Überzeugung dieses Gerichts feststeht, daß die Ware den Bestimmungsort nicht mehr erreichen wird, für sachfällig zu erachten.

Der Berufung war daher zu entsprechen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 30. Jan. 1917. Kont.Prod.Ges. (Kl.) w. J. G. — Bf. III. 267/16. B.

---

98. Hat die Vereinbarung einer sechsmonatigen Garantiefrist Einfluß auf die sechsmonatige Verjährung des Gewährleistungsanspruchs?

Vgl. 63 Nr. 241 m. N.

BGB. § 477.

Die Klägerin hatte von der Beklagten 156 Dosenschinken gekauft und am 5. April 1915 geliefert erhalten. Bei der ersten Untersuchung wurden keine Mängel gefunden, dagegen stellte sich bei einer späteren Untersuchung am 6. Aug. 1915 heraus, daß in vier Kisten sämtliche Dosen „hoch rund bombiert" waren. Die Klägerin zeigte dies der Beklagten an und verlangte die Lieferung mangelfreier Ersatzware. Da die Beklagte sich ablehnend verhielt, auch eine Fristsetzung unbeachtet ließ, klagte die Klägerin am 5. Nov. 1915 auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Die Beklagte berief sich auf Verjährung (§ 477 BGB.), wogegen die Klägerin geltend machte, daß im Handel mit Fleischkonserven der Handelsgebrauch bestehe, daß der Verkäufer für die binnen 6 Monaten nach Lieferung auftretenden Mängel der Ware Gewähr leisten müsse, woraus zu folgern sei, daß bezüglich eines während der Garantiefrist entdeckten Mangels der Lauf der Verjährung erst mit der Entdeckung des Mangels beginne. — Das Landgericht stellte das Bestehen des behaupteten Handelsgebrauchs fest, lehnte aber die von der Klägerin daraus gezogene Folgerung ab und erkannte auf Abweisung der Klage. Die Berufung der Klägerin und ebenso ihre Revision wurden zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach § 459 Abs. 1 BGB. haftet der Verkäufer dem Käufer dafür, daß die Kaufsache zu der Zeit, zu der die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder in nicht unerheblichem Maße mindern, und nach § 459 Abs. 2 haftet der Verkäufer auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat. Aus dem Umstande, daß die Parteien sich stillschweigend dem nach der Feststellung des Ber.-Gerichts beim Verkauf von Fleischkonserven bestehenden Handelsgebrauch unterworfen haben, kraft dessen der Verkäufer für die innerhalb von 6 Monaten nach Lieferung auftretenden Mängel der Ware Gewähr leisten muß, ergibt sich daher an und für sich nichts andres als eine nähere Vereinbarung über Inhalt und Umfang der Gewährleistungspflicht des Verkäufers. Die verkaufte Ware soll nicht bloß zur Zeit des Gefahrübergangs, der sich regelmäßig vor oder zugleich mit der Ablieferung vollzieht, sondern auch noch eine geraume Zeit nach der Ablieferung zum menschlichen Genusse brauchbar sein, sie soll also zur Zeit des Gefahrübergangs

die Eigenschaft längerer Haltbarkeit haben, und der Verkäufer soll dafür einstehen müssen, daß binnen 6 Monaten nach der Ablieferung Mängel nicht hervortreten. Die so vereinbarte Gewährleistungsfrist fällt nun allerdings nach Beginn und Dauer mit der in § 477 BGB. festgesetzten kurzen Verjährungsfrist zusammen, und es besteht deshalb die Möglichkeit, daß der Käufer einen Mangel zwar noch innerhalb der Frist, aber zu spät entdeckt, um die Verjährung noch unterbrechen zu können. Hieraus allein läßt sich jedoch nicht, wie die Revision will, folgern, daß in der stillschweigenden Unterwerfung unter den Handelsgebrauch zugleich die Vereinbarung einer Hinausschiebung des Beginns oder der Dauer der gesetzlichen Verjährungsfrist läge. Die Bestimmung des § 477 BGB. bezweckt, im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit baldmöglichst nach der Ablieferung eine klare Rechtslage zu schaffen (RGEntsch. 56, 169) und gerade der Handelsverkehr neigt wenig zu Abmachungen, die diesem Zweck entgegen einer Verzögerung der endgültigen Erledigung Vorschub leisten. Wenn das Reichsgericht im Anschluß an die Rechtsprechung zu Art. 349 alt. HGB. (RZEntsch. 37, 81; in SeuffA. 52, Nr. 101) auch unter der Herrschaft des neuen Rechts (das. 65, 121; in SeuffA. 63 Nr. 241; Holdheims MSch. 16, 169), angenommen hat, daß die Vereinbarung einer Garantiezeit von länger als sechsmonatiger Dauer regelmäßig zugleich die Bedeutung einer Hinausschiebung des Beginns der gesetzlichen sechsmonatigen Verjährungsfrist bis zu der während der Garantiezeit erfolgten Entdeckung eines Gewährsmangels habe, so hat es sich dabei von der Erwägung leiten lassen, daß bei gleichzeitigem Beginn der sechsmonatigen Verjährungsfrist und einer oft mehrjährigen Garantiezeit der Käufer trotz der Garantie überhaupt nicht in der Lage sein würde, seine Ansprüche wegen eines erst später als sechs Monate nach der Ablieferung entdeckten Mangels geltend zu machen. Dieser Grund entfällt aber hier, wo die handelsgebräuchliche Garantiezeit nicht über die Verjährungsfrist hinausreicht, und es besteht auch sonst kein Anhalt für die Annahme, daß die Parteien den Beginn der Verjährungsfrist des § 477 BGB. hätten verschieben oder diese Frist hätten verlängern wollen.

Die Revision ist daher zurückzuweisen."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 14. Dez. 1917. P. Sch. (Kl.) w. J. & U. (KG. Berlin). II. 261/17. Auch in RGEntsch. 91 Nr. 76 S. 305.

---

99. Aufhebung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragmäßigen Gebrauch durch Kriegsmaßnahmen.

Vgl. 71 Nr. 81.
BGB. §§ 537. 542.

Die Klägerin hatte den ihr gehörigen, an der Strandstr. 12 in Borkum gelegenen Laden Nr. 4 am 20. Mai 1911 an die verklagte Ehefrau auf 6 Jahre, vom 1. Juni 1913 bis 1. Nov. 1918, um den jährlichen Mietpreis von 1250 ℳ vermietet. Der am 15. Aug. 1915 fällige Mietzins war nicht bezahlt und

deshalb im Dezember 1915 eingeklagt worden. Während des Verfahrens über die Klage hatte die Beklagte der Klägerin ein Schreiben v. 3. Mai 1916 zugehen lassen des Inhalts, sie betrachteten das „Pacht"verhältnis seit 1. Aug. 1914 als aufgehoben und kündigten, falls dieser ihr Wille nicht deutlich genug zum Ausdruck gekommen sein sollte, jetzt nochmals das „Miet"verhältnis gemäß § 542 BGB. Daraufhin beantragte die Klägerin des weiteren die Feststellung, daß der Mietvertrag v. 20. Mai 1911 bis zum 1. Nov. 1918 zu Recht bestehe. — Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Ber.-Richter erachtet den strittigen Vertrag mit der Klägerin für einen Mietvertrag, nicht, wie die Beklagten wollen, für einen Pachtvertrag. Er folgert aus einer Reihe von Umständen, daß der von beiden Teilen gewollte vertragmäßige Gebrauch die Verwendung des Ladens zu einem Geschäftsbetrieb während des alljährlich auf Borkum stattfindenden Sommerbadebetriebs war, und findet in dem bei Beginn des jetzigen Krieges von der zuständigen Militärbehörde erlassenen Verbot jedes Badebetriebes auf Borkum, verbunden mit dem Verbot an die Inselbewohner, fremde Personen als Angestellte zu halten, den Tatbestand des § 537 BGB., so daß die Beklagten zur Nichtzahlung des Mietzinses für 15. Aug. 1915 und zur Kündigung nach § 542 berechtigt gewesen seien. Diese Darlegungen treffen durchweg zu.

Die Feststellung, daß der vertragmäßige Gebrauch die geschäftliche Verwendung für den alljährlichen Sommerbadebetrieb war, ist rein tatsächlich und frei von Rechtsirrtum. Die Rechtsauffassung, daß das in keiner Weise mit den persönlichen Verhältnissen der Beklagten zusammenhängende, sondern allein wegen der örtlichen Lage der Insel Borkum in Verfolg von Kriegszwecken erlassene Verbot jedes Badebetriebs für den vermieteten Laden einen Fehler, einen Mangel herbeigeführt hat, der die Tauglichkeit des Ladens zu dem vertragmäßigen Gebrauch aufhebt, stimmt mit der Rechtsprechung des jetzt erkennenden Senats überein. Der von beiden Teilen gemeinte und gewollte vertragmäßige Gebrauch konnte überhaupt nur gewollt und vereinbart werden wegen der örtlichen Lage des Ladens inmitten des alljährlichen Inselbadebetriebs. Durch diese örtliche Lage wurde die Tauglichkeit des Ladens zu dem vertragmäßigen Gebrauch erst begründet. Das Verbot dieses Badebetriebs betraf also die Mietsache, den Laden, selbst wiederum eben wegen der örtlichen Lage auf der Insel, auf der nunmehr aus Kriegszwecken der gewöhnliche Badebetrieb nicht mehr geduldet werden durfte RGEntsch. 79, 95; 87, 280). Wie beim Pachtvertrage ein die Pachtsache selbst treffendes die Möglichkeit vertragmäßiger Nutzung, d. h. die Möglichkeit des Fruchtgenusses (§ 581) aufhebendes, behördliches Verbot gemäß §§ 581. 537 zu Lasten des Verpächters geht (RGEntsch. 87, 279/281), so hat es auch der Vermieter zu tragen, wenn die Mietsache wegen eben der örtlichen Lage, die den vertragmäßigen Gebrauch erst ermöglichte, von einem ihre

Tauglichkeit zu dem vertragmäßigen Gebrauch aufhebenden Verbot betroffen wird.

Die Klägerin wendet ein, die Beklagten könnten den Laden zu Verkaufszwecken weiter benutzen, nämlich mit der starken Kriegsgarnison auf Borkum ein gutes Geschäft machen. Ein solcher Geschäftsbetrieb wäre aber ein nach Gegenstand und Betriebsart völlig andrer als der beiderseits beim Vertragschluß gemeinte und gewollte: gemeint und gewollt war ein Geschäftsbetrieb mit dem Badepublikum, und daß dieser andern Bedürfnissen und Neigungen dient und angepaßt sein muß als ein Geschäft mit der jetzigen Kriegsgarnison, an deren Möglichkeit beim Vertragschluß kein Teil dachte, liegt auf der Hand. Die von der Revision angezogene Entscheidung RGEntsch. 4, 171 hatte einen hiervon abweichenden Tatbestand zum Gegenstande. Dort hatte der Kläger die Räume zur Betreibung einer Möbelfabrikation gemietet, es war ihm durch behördliche Anordnung jedoch nur die Fabrikation von Polstermöbeln gestattet worden; es handelte sich also nur um eine Beschränkung der Möbelfabrikation auf die einen Teil derselben bildenden Polstermöbel. Hier aber ist der den Beklagten angesonnene Geschäftsbetrieb mit der Kriegsgarnison nicht ein Teil des Geschäftsbetriebs mit dem Badepublikum, sondern ein davon durchaus verschiedener, den beiderseitigen Mietzwecken ferngelegener Geschäftsbetrieb.

Die Klägerin meint weiter, die Beklagte hätte ja, wie sie behaupte, den Laden und den Vorplatz desselben zur Aufbewahrung ihrer Verkaufsgegenstände weiter benutzt. Diese (nach der Behauptung der Beklagten durch die Unmöglichkeit der Fortschaffung der Gegenstände verursachte) Benutzung ist jedoch nicht der beiderseits gewollte vertragmäßige Gebrauch: nicht zum Lagern und Aufbewahren von Verkaufsgegenständen war der Laden gemietet und vermietet, sondern zu fortgesetztem Verkauf der Gegenstände in lebendigem Geschäftsverkehr mit dem Badepublikum während der Badezeit. Auch diese Einwendung beseitigt also nicht den Tatbestand und die Rechtsfolgen des § 537.

Die Revision ist hiernach als unbegründet zurückzuweisen."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Okt. 1917. Gem. B. (Kl.) w. Schn. III 212/17 (OLG. Celle). Auch in RGEntsch. 91 Nr. 17 S. 54.

---

100. Fällt der Lohnanspruch des Mäklers fort, wenn bei dem vermittelten auflösend bedingten Geschäft die Bedingung eintritt?

Vgl. Bd. 71 Nr. 113 m. N., 248.
BGB. § 652

Kläger hatte als Makler zwischen dem Beklagten und den Firmen Th. M. & Sohn und H. Schn. Verträge über die Lieferung von Schokolade franko Rotterdam mit den Klauseln „force majeure vorbehalten" und „Ausfuhrverbot und force majeure vorbehalten" vermittelt. Die Geschäfte kamen

wegen eines von Holland erlassenen Ausfuhrverbots nicht zur Ausführung. Da der Beklagte sich infolgedessen weigerte, dem Kläger seine Mäklergebühr von insgesamt 4572,07 ℳ zu bezahlen, erhob Kläger auf Zahlung dieses Betrages Klage. — Das Landgericht wies die Klage ab; in 2. Instanz wurde der Beklagte antraggemäß verurteilt. Aus den Gründen:

„Daß der Kläger die hier fraglichen Geschäfte, für die er seine Mäklergebühr verlangt, vermittelt hat, gibt der Beklagte zu. Er meint aber zur Bezahlung der Gebühr nicht verpflichtet zu sein, da die Geschäfte wegen höherer Gewalt nicht zur Ausführung gelangt seien. Dieser Standpunkt kann indessen nur bezüglich eines Teiles der Geschäfte in Frage kommen. Wie der Beklagte selbst erklärt hat, ist das Ausfuhrverbot, das die Ausführung dieser Verträge verhindert haben soll, am 23. März 1916 erlassen worden. Damals hätten aber die Abschlüsse v. 27. Jan. 1916 und 24. Febr. 1916 schon ausgeführt sein müssen. Der erste Abschluß verpflichtete den Beklagten zur Lieferung von 20000 kg Schokolade in wöchentlichen Raten von je 5000 kg ab 27. Januar 1916, der zweite zur Lieferung von 5000 kg Schokolade in der auf den 24. Febr. 1916 folgenden Woche. Wäre der Beklagte seiner Vertragspflicht nachgekommen, so wären diese Verträge beim Eintritt des Ausfuhrverbots schon längst erledigt gewesen. Bei dieser Sachlage kann der Beklagte sich der Bezahlung der Mäklergebühr wegen dieser durch seine Schuld nicht rechtzeitig erfüllten Verträge gewiß nicht entziehen. Zu demselben Ergebnis muß man aber auch wegen der Gebühr für das Geschäft v. 22. Febr. 1916 kommen, dessen Ausführung allerdings erst Ende März beginnen sollte, also von dem Ausfuhrverbot voll umfaßt wurde.

Es handelt sich hier um ein unter der auflösenden Bedingung der force majeure abgeschlossenes Geschäft. Die Frage, ob bei solchen Geschäften der Lohnanspruch des Mäklers bei Eintritt der Bedingung hinfällig wird, ist sehr bestritten.

Sie wird z. B. bejaht von Planck BGB. zu § 652; Staub HGB. Anm. 30 vor § 93; Staudinger zu § 652; Ritter, HGB. § 93; verneint von dem Komm. von RGRäten § 652; Crome B. R. 2 § 272; Oertmann § 652, Düringer HGB. § 99 Anm. 3; vgl. auch HansGerZ. Hauptbl. 1915 Nr. 155, 1916 Nr. 116.

Das Gericht schließt sich grundsätzlich der letzteren Ansicht an, wenn auch anzuerkennen ist, daß aus den begleitenden Umständen und der Verkehrsauffassung in einzelnen Fällen entnommen werden muß, daß nach der Absicht der Parteien das Recht des Mäklers auf seine Gebühr in Wegfall kommen soll, wenn das Geschäft infolge einer auflösenden Bedingung wieder aufgehoben wird. Daß im vorliegenden Fall solche Umstände vorliegen, kann nicht anerkannt werden.

Die während des Krieges angeblich entstandene Verkehrsanschauung, auf die sich der Beklagte berufen hat, ist nicht erwiesen worden. Die Gutachten der Sachverständigen stimmen darin überein, daß sich während des

Krieges eine derartige Verkehrsauffassung nicht gebildet habe, wenn auch der Sachverständige W. meint, daß sie vorher schon bestanden habe, was von dem andern Sachverständigen bestritten wird. Jedenfalls hat das Gericht diesen Gutachten nicht die Überzeugung entnehmen können, daß in dem hier in Betracht kommenden Handelszweige eine von der allgemeinen Regel abweichende Verkehrsanschauung herrsche, nach der der Mäkler seinen Anspruch auf den Mäklerlohn verliert, wenn das unter der auflösenden Bedingung der höheren Gewalt abgeschlossene Geschäft infolge Eintritts der Bedingung hinfällig wird. Es kann aber auch dem Landgericht nicht zugegeben werden, daß mit Rücksicht auf die Ausfuhrverbote, die gerade während des Krieges zahllose Geschäfte nicht zur Ausführung kommen lassen, die Parteien von vornherein darüber einverstanden gewesen sein sollen, daß der Kläger einen Mäklerlohn nicht verlangen könne, falls die Geschäfte tatsächlich wegen eines Ausfuhrverbots nicht ausgeführt werden würden. Denn wenn auf der einen Seite durch diese große Zahl von Ausfuhrverboten für den Geschäftsherrn die Gefahr entsteht, dem Mäkler auch für ein nicht zur Ausführung gelangendes Geschäft eine Vergütung bezahlen zu müssen, falls beim Eintritt der Bedingung der Anspruch auf die Vergütung nicht wegfällt, so besteht im entgegengesetzten Fall für den Mäkler die Gefahr, daß unter den gegenwärtigen Verhältnissen in fast allen Fällen sein Anspruch auf den Mäklerlohn in der Schwebe bleibt und daß er häufig den bereits erhaltenen Lohn wieder herausgeben müßte. Sehr wesentlich für die Beurteilung der ganzen Frage ist die von dem Sachverständigen H. bekundete Äußerung des Inhabers einer der ersten Firmen des Hamburger Platzes, daß die Gewinne während des Krieges bei den zur Ausführung gelangenden Geschäften durchweg so groß seien, daß sie auch die Mäklervergütungen für die nicht zur Ausführung kommenden Geschäfte tragen könnten.

Daher ist der Anspruch des Klägers auf seine Gebühren begründet. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 25. Dez. 1917. O. P. w. H. S. Bf. VI. 349/16. Nö.

---

101. Ist der Mäklerlohn von Ausführung des vermittelten Geschäfts abhängig gemacht, so hat der Auftraggeber über die Ausführung zu entscheiden.

Vgl. 51 Nr. 21 m. N.

BGB. § 652; HGB. § 93.

Die klagende Handelsgesellschaft verlangte auf Grund von zwei Provisionsscheinen Vergütung für die Vermittlung des Verkaufs von Pelzen an die Kriegsbekleidungsämter in Magdeburg und Stettin. Der Beklagte hatte die Kaufverträge nur zum Teil erfüllt und wurde insoweit rechtskräftig zur Bezahlung der vereinbarten Vergütung verurteilt. Streitig blieb die Ver-

gütungspflicht insoweit, als es nicht zur Ausführung der Kaufverträge gekommen war. — Die 1. Instanz verurteilte den Beklagten; das Ber.-Gericht wies die Klage ab. — Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Klägerin hatte unter Widerspruch des Beklagten geltend gemacht, die Provision sei mit dem Abschluß der vermittelten Verträge, nicht erst mit ihrer Ausführung verdient gewesen, der Beklagte habe die Verträge nur aus Gewinnsucht nicht erfüllt, weil er anderweit Pelze zu höheren Preisen habe verkaufen können, er sei deshalb nach § 88 Abs. 2 HGB. zur Bezahlung der Provision verpflichtet. Das Ber.-Gericht lehnt aus zutreffenden Erwägungen die Anwendung des § 88 HGB. deshalb ab, weil die Klägerin nicht Agent, sondern Mäkler sei. Es legt ferner die Vergütungsabrede dahin aus, daß der Lohn erst mit der Ausführung der vermittelten Verträge verdient sein sollte, und erklärt das weitere Vorbringen der Klägerin für unerheblich, weil der Beklagte der Klägerin gegenüber zur Ausführung nicht verpflichtet gewesen sei und ein arglistiges Verhalten nicht vorliege. Die Vertragsauslegung ist rechtlich nicht zu beanstanden. — — — Das Wesen des Mäklervertrages nach § 652 BGB. steht der Auslegung nicht im Wege. Wie dem Mäkler eine Vergütung für den Fall versprochen werden kann, daß trotz seiner Tätigkeit der zu vermittelnde Vertrag nicht zustande kommt, so kann auch vereinbart werden, daß der Anspruch auf den Mäklerlohn noch von andern Voraussetzungen, insbesondere der Ausführung des vermittelten Vertrages, abhängig sein soll. Ist aber der Vertrag i. S. des Ber.-Urteils auszulegen, dann konnte ein Lohnanspruch der Klägerin nur insoweit entstehen, als der vermittelte Vertrag zur Ausführung gelangte. Ob aber der Beklagte den Vertrag ausführen wollte, stand, soweit das Verhältnis zur Klägerin in Frage kommt, im Ermessen des Beklagten. Wie der Geschäftsherr einen ihm angebotenen Vertragsabschluß frei ablehnen darf und den Mäklerlohn selbst dann nicht schuldet, wenn die Ablehnung grundlos und geschäftlich nicht zu rechtfertigen ist, so hat er gegenüber dem Mäkler auch freie Hand bezüglich der Ausführung des vermittelten Vertrages, wenn ausnahmsweise, wie hier, der Anspruch auf die Provision von der Ausführung abhängig gemacht worden ist. In diesem Sinn hat das Reichsgericht (vgl. Bolze Prax. 6 Nr. 491) für das frühere Recht ausgesprochen, daß die Provision nicht gefordert werden könne, wenn sie von der Ausführung des vermittelten Geschäfts abhängig gemacht worden, die Ausführung aber, gleichgültig aus welchem Grunde, unterblieben sei, und ferner, daß der Mäkler weder die Ausführung verlangen noch das Geschäft als ausgeführt behandeln dürfe, wenn der Auftraggeber es hätte ausführen können. Die Entscheidung trifft auch für das heutige Recht zu.

Hatte aber der Beklagte bezüglich der Ausführung des vermittelten Vertrages freie Hand, dann kann auch von einer Arglist gegenüber der Klägerin nicht gesprochen werden, wenn er von seiner Befugnis dahin Gebrauch machte,

daß er die Ausführung unterließ. Das Bewußtsein, daß die Klägerin keine Vergütung erhalten werde, machte sein Verhalten nicht arglistig, und wenn die Revision geltend macht, der Beklagte habe nicht nur durch den höheren Preis verdienen, sondern auch die Provision ersparen wollen, so wäre das für Ansprüche der Klägerin nur dann von Belang, wenn die später abgeschlossenen Geschäfte mit den von der Klägerin vermittelten zusammenhingen, der Beklagte also die von der Klägerin aufgewendete Mühe für sich verwertet hätte. Dafür liegt aber kein Anhaltspunkt vor.

Der Beklagte hatte übrigens, auch wenn man die Behauptungen der Klägerin als richtig unterstellt, von seinem Vorgehen keineswegs nur Vorteile zu erwarten. Er setzte sich den Schadenersatzansprüchen derjenigen aus, mit denen er die von der Klägerin vermittelten Verträge abgeschlossen hatte. Ob er auf diese Gefahr hin die Ausführung verweigern und andre Verträge abschließen wollte, war ausschließlich Sache seiner eigenen Prüfung und Entschließung. Damit entfällt auch der aus § 826 BGB. entnommene Klagegrund.

Die Klage ist daher mit Recht abgewiesen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 13. Okt. 1916. H. H. (Kl.) w. R. (KG. zu Berlin). III. 186/16.

---

102. Unfallversicherung des Abonnenten einer Zeitung. Hinfälligkeit von Verwirkungsklauseln nach § 6 VersVertrGes.

Vgl. 39 Nr. 45 m. N.; 71 Nr. 188.
VersVG. § 4.

Am 24. Nov. 1916 erlitt der Ehemann der Klägerin, welcher Abonnent der Kieler N. N. war, an einer Kreissäge des Gutes Rastorf dadurch einen Unfall, daß ihm durch einen zu zersägenden Balken der Ringfinger der linken Hand abgeschlagen und der kleine Finger derselben Hand gequetscht wurde.

Zur Heilung dieser Verletzungen wurde er sofort in das Krankenhaus Preetz aufgenommen und starb hier am 6. Dez. 1916. Mittels Schreibens v. 8. Dez. 1916 wandte sich die Klägerin unter Beifügung der letzten Quittung über den bezahlten Bezugspreis für die Zeitung an die Kieler N. N. und bat auf Grund der bei dieser Zeitung bestehenden Abonnentenfürsorge um die Auszahlung der Unfallvergütung. Die Beklagte lehnte wegen Verspätung der Anzeige den Antrag ab. — Die Klage wurde in 1. Instanz abgewiesen, auf die Berufung der Klägerin wurde aber nach dem Klagantrage erkannt aus folgenden Gründen:

„— — — Nach dem Gutachten des Medizinalrats Dr. K. kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Tod des Ehemannes der Klägerin durch allgemeine Sepsis erfolgt ist und dieses Eiterfieber im ursächlichen Zusammenhange mit dem Unfall gestanden hat. — — — Es läßt sich die Klage nur auf

§ 11 der Versich.-Bedingungen stützen, da der § 15 lediglich den Fall im Auge hat, daß der Tod eines Abonnenten sofort durch den erlittenen Unfall verursacht worden ist. Die nach § 18 in erster Reihe anspruchsberechtigte Klägerin war darnach an sich auf Grund des Vertrages, falls sie Rechte auf die Unfallvergütung geltend machen wollte, verpflichtet, den am 24. Nov. 1916 erlittenen Unfall ihres Ehemanns unverzüglich, spätestens dreimal 24 Stunden nach Eintritt des Unfalls, persönlich oder durch eingeschriebenen Brief unter Beifügung der letzten Monatsquittung bei den Kieler N. N. anzumelden, und es wird sich, da sie diese Meldung unstreitig erst durch ihr Schreiben v. 8. Dez. 1916 erstattet hat, fragen, ob sie trotzdem und ungeachtet der Verwirkungsklausel des § 16 die eingeklagte Forderung geltend machen kann.

Hierbei ist, wenn der § 11 der Versich.-Bedingungen auch die Meldung eines jeden Unfalls zur Erhaltung des Rechts des Anspruchsberechtigten vorschreibt, zunächst zu berücksichtigen, daß diese Vorschrift nur insoweit Platz greifen kann, als es sich um einen Unfall handelt, bei dem die Möglichkeit eines tödlichen Ausganges besteht, während für den Fall, daß eine ursprünglich leichte Verletzung durch Umstände, welche der Bezugsberechtigte bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt nicht voraussehen konnte, zu einer tödlichen wird, schon nach den allgemeinen, den Versicherungsvertrag beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben dem Berechtigten nicht die Verpflichtung auferlegt werden kann, den Unfall spätestens innerhalb 72 Stunden anzuzeigen, um die Wohltaten der Abonnentenfürsorge genießen zu können. Vielmehr wird man in einem solchen Falle die dreitägige Meldefrist nicht mit dem Unfall selbst, sondern mit dem Zeitpunkt beginnen lassen müssen, in welchem dieser zu einem für den Durchschnittsmenschen erkennbaren Ereignis i. S. der Versich.-Bedingungen der Beklagten wird, welches für eine Unfallvergütung in Frage kommen kann. Andernfalls würde die Beklagte von den zahlreichen Abonnenten ihrer Zeitung mit einer jedes Maß überschreitenden Anzahl von Meldungen in Anspruch genommen werden, was sie bei Übernahme der Abonnentenfürsorge offenbar nicht beabsichtigt hat, und letztere wiederum für einen großen Teil der Anspruchsberechtigten in Fortfall kommen, wenn es diesen nicht gestattet sein sollte, die Meldung eines von dem Abonnenten wirklich erlittenen Unfalls, dessen Gefährlichkeit sich erst später herausstellt, nachzuholen. Denn die Versicherungssumme wird von der Beklagten nach § 1 der Bedingungen für die Verunglückung eines nachgewiesenermaßen innerhalb dreier Monate nach dem Unfallereignisse gestorbenen Abonnenten ohne jede Einschränkung gewährt, und es hieße diese Fürsorge ihres gemeinnützigen Charakters, der ihr innewohnen soll, völlig entkleiden, wollte man der Beklagten das Recht zugestehen, bei der Bewilligung der Unfallvergütung Bedingungen aufzustellen, die in ihrer Wirkung nur dazu dienen, die im § 1 übernommene Verpflichtung möglichst zu beseitigen. Es kann auch nicht zu gegeben werden, daß dadurch die Stellung des Versicherungnehmers gegen-

über dem Versicherer eine zu günstige werden würde, da die Haftpflicht des letzteren sich nur über den kurzen Zeitraum von drei Monaten nach dem Unfall erstreckt und der Bezugsberechtigte an sich in einem Rechtsstreit über die Vergütung immer den Beweis erbringen muß, daß die Meldung nach den eben erörterten Grundsätzen rechtzeitig innerhalb einer Frist von dreimal 24 Stunden erfolgt ist.

Mit Recht hat deshalb das Versich.-Vertragsgesetz v. 30. Mai 1908 im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung und das Schrifttum in seinem § 6 ein zwingendes Recht gegenüber den zahlreichen sog. Verwirkungsklauseln der Versicherungsverträge geschaffen, indem es Abreden, durch welche der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn der Versicherungnehmer oder ein sonstiger Bezugsberechtigter gewisse ihm in dem Vertrage auferlegte Pflichten nicht erfüllt, nicht ohne weiteres verbindliche Geltung verleiht, sondern unter Umständen die Verwirkung nicht eintreten läßt. Hierzu gehört aber insbesondere auch die Pflicht zur Anzeige des Versicherungsfalls, über welche die Parteien vorliegend streiten. Bei ihrer Verletzung gegenüber den Vertragsbestimmungen tritt die nachteilige Rechtsfolge für den Versicherungnehmer nicht ein, wenn sie weder auf dessen Vorsatz noch grober Fahrlässigkeit beruht. Ersterer ist als absichtliche, letztere als die in besonders nachlässiger Weise eintretende Unterlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auszulegen (vgl. Komm. v. Gerhard, Hagen ꝛc. Anm. 1 und 7 zu § 6, Hager-Bruck[3] Anm. 1 und 4b ebenda).

Es war demnach noch unter diesem Gesichtspunkte zu prüfen, ob die unstreitig erst unterm 8. Dez. 1916 erfolgte, am nächsten Tage bei der Beklagten eingegangene Anmeldung des Unfalls als ohne ein Verschulden der Klägerin noch rechtzeitig erfolgt anzusehen ist. Dies muß aber nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme 2. Instanz bejaht werden. Beide sachverständige Zeugen haben die Verletzung des Ehemannes der Klägerin bei seiner noch am Unfallstage selbst erfolgten Einbringung in das Krankenhaus für gering gehalten. Es brauchte deshalb auch die Klägerin nicht anzunehmen, daß sie einen tödlichen Ausgang nehmen könnte, zumal sie sich sagen durfte, daß durch die sofortige Aufnahme ihres Ehemannes in das Krankenhaus alles geschehen sei, um eine ordnungmäßige Behandlung der Wunden zu gewährleisten. Auch als ihr Ehemann am 28. Nov. 1916 nach Haus beurlaubt wurde und dann in dem von Dr. P. geschilderten Zustande in das Krankenhaus zurückkehrte, handelte sie nicht grob fahrlässig, wenn sie die Anmeldung des Unfalls unterließ. Denn einmal durfte sie, da selbst der sachverständige Arzt dies nicht getan hat, als Laie nicht annehmen, daß die Schmerzen ihres Ehemannes in der rechten Schulter und die Steifheit seiner ganzen rechten Körperseite auf die Verletzung an seiner linken Hand zurückzuführen sei, und dann ist nach dem Zeugnisse von Dr. P. auch nicht ausgeschlossen, daß ein Teil der Beschwerden, welche der Ehemann bei seiner Rückkehr in das Krankenhaus hatte, noch aus

einer Erkältung bei der Rückfahrt herzuleiten und bei ihm zu Hause noch nicht so sichtbar in die Erscheinung getreten war. Endlich war die Klägerin auch noch nicht zur Anzeige des Unfalls verpflichtet, als ihr Dr. P. einen oder zwei Tage vor dem Tode ihres Ehemannes von der gefährlichen Wendung in dessen Zustande Mitteilung machte, denn er hatte dabei hinzugesetzt, daß er einen ursächlichen Zusammenhang mit dem Unfall nicht für wahrscheinlich halte, sondern hat auch damals noch an eine Erkrankung an akutem Rheumatismus geglaubt. Er hat der Klägerin sogar noch am Tage nach dem Tode und in der Folgezeit bis zur Bekanntmachung des Ergebnisses der Sektion wiederholt die Erteilung einer Bescheinigung über den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Tode und dem Unfall zwecks Erlangung der Versicherungssumme abgelehnt. Diese hat die Anzeige also rechtzeitig erstattet, wenn sie sie am 8. Dez. 1916, an welchem Tage die Leichenuntersuchung stattgefunden hat, an die Beklagte absandte. Im übrigen würde auch durch den unstreitig am 9. Dez. 1916 erfolgten Eingang dieser Anmeldung bei der Beklagten die dreitägige Frist des § 11 VersichBed. gewahrt worden sein, wenn man sie mit dem Tode des Ehemannes beginnen lassen wollte.

Schließlich kann der Klägerin auch nicht vorgehalten werden, daß sie nicht die vom Reichsgericht in älteren Entscheidungen, wie z. B. RGEntsch. 49, 290, verlangten Sicherungsmaßregeln zur Beobachtung der Versich.-Bedingungen getroffen habe, insbesondere durch die nicht innerhalb drei Tagen nach dem Unfall erstattete Anzeige an die Beklagte diese außerstand gesetzt habe, selbst eine Untersuchung durch einen Vertrauensarzt gemäß § 13 Abs. 2 ihrer Versich.-Bedingungen vornehmen zu lassen. Selbst wenn man hierin ein vertragwidriges Verhalten der Klägerin erblicken wollte, so beruht dies bei der geschilderten Sachlage ebenfalls nicht auf einem Verschulden derselben, und dann ist auch nicht ersichtlich, daß durch die Außerachtlassung der Vorschrift des § 11 in diesem Falle die Zahlungspflicht der Beklagten beseitigt worden wäre. Denn es ist nicht anzunehmen, daß durch die Zuziehung eines anderen Arztes, nachdem die Klägerin dargetan hat, daß durch die sofortige Aufnahme ihres Ehemannes in das Krankenhaus der Vorschrift des § 14 der Bedingungen entsprechend verfahren ist, eine andre Rechtslage für die Beklagte geschaffen worden, insbesondere der Tod nicht eingetreten oder die Todesursache früher erkannt worden wäre als es unter der Behandlung des Sanitätsrats Dr. P. der Fall gewesen ist.

Die Beklagte kann sich demnach der Zahlung der ausgesetzten Unfallvergütung von 1000 ℳ nebst Verzugszinsen seit der Klagezustellung nicht entziehen."

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 23. Okt. 1917 L. w. Kieler N. N. SchleswHolst. Anz. 1918, 21. U II 65/17.

II. Verfahren.

103. Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Ausstellung einer Postvollmacht für seinen Nachfolger.

Der Kläger, der im Jahre 1915 die Anwaltskanzlei des Beklagten übernahm, forderte die Erteilung einer Postvollmacht, deren Ausstellung bei derartigen Übernahmen verkehrsüblich, außerdem durch den Beklagten vertragmäßig zugesichert worden sei. Der Beklagte wurde in beiden Instanzen verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es spricht von vornherein die Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Beklagte beim Abschluß des Übernahmevertrags sich dem Kläger verpflichtet haben werde, Postvollmacht zu erteilen. Ohne solche war eine ordnungmäßige Fortführung der bisherigen Anwaltsgeschäfte des Beklagten kaum denkbar. Es liegt im Wesen der Sache, daß die Übernahme einer Anwaltskanzlei nicht mit einem Male und alsbald, sondern erst allmählich zur Kenntnis der daran Interessierten gelangt. Es dauert notwendig längere Zeit, ehe die Übernahme allgemein bekannt ist. Dazu trägt namentlich bei, daß die Kanzleiadressen der Anwälte an den verschiedensten Stellen veröffentlicht zu werden pflegen, in Adreßbüchern, Kanzleikalendern, Gerichtsanschlägen, Fernsprechverzeichnissen u. dgl. Die Berichtigung solcher Veröffentlichungen geschieht aber in der Regel nur in größeren zeitlichen Zwischenräumen. Hieraus entsteht die unvermeidliche Folge, daß auch nach der Kanzleiübernahme noch auf einige Zeit hinaus immer wieder Postsendungen an der alten Stelle dem ausgeschiedenen Anwalt zugehen, die dessen bisherige Geschäfte betreffen oder doch in Beziehung dazu stehen, also eine Fortführung seiner bisherigen Kanzleitätigkeit zum Gegenstand haben. Es bedarf keiner Darlegung, daß es für seinen Geschäftsnachfolger eine Beeinträchtigung seines mit der Geschäftsübernahme bezweckten Erfolgs bedeutet, wenn solche nachträgliche Postsendungen ihm zunächst nicht ausgehändigt werden können, sondern erst an den früheren Kanzleiinhaber abgegeben werden müssen. Die damit unausbleiblich verbundene Verzögerung der Erledigung der einschlagenden Angelegenheiten schließt eine Gefährdung, wenn nicht Schädigung der Interessen des Übernehmenden in sich. Es wird dies um so mehr der Fall sein, je ausgedehnter der Kundenkreis des bisherigen Geschäftsinhabers war und je weiter bekannt dessen Name ist. Der Beklagte aber erfreute sich seiner eigenen Angabe nach einer umfangreichen Praxis.

Von diesen Grunderwägungen aus tritt das Ber.-Gericht der Beweiswürdigung des Landgerichts bei, daß gegen den Beklagten eine Vertragszusage, dem Kläger Postvollmacht erteilen zu wollen, als erwiesen zu erachten ist. — —“

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 16. Okt. 1917. R. w. Sch. 7 O. 106/17. F—ch.

104. Antragsteller nach § 81 GKG., wenn der Nebenintervenient ein Rechtsmittel eingelegt hat?

Vgl. 68 Nr. 107 m. N.
GKG. § 81.

Abweichend von den Entscheidungen des 2. Zivilsen. des Hanseat. Oberlandesgerichts v. 13. Febr. 1913 (HansGZ. 1913 Bd. 111) und 21. April 1917 (Bf. II 86/17) ist der hier entscheidende Senat der Ansicht, daß, wenn ein Rechtsmittel von einem Nebenintervenienten eingelegt ist, für die Rechtsmittelinstanz, solange die vom Nebenintervenienten unterstützte Partei selbst in der Rechtsmittelinstanz nicht aufgetreten ist, der Nebenintervenient als Antragsteller i. S. des § 81 GKG. anzusehen ist.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 9. Nov. 1917. L. w. T. Bf. I. 275/17.

---

105. Ein Mangel der Klagezustellung nach § 172 ZPO. wird durch Verzicht geheilt.

Vgl. 41 Nr. 223; 57 Nr. 90; 67 Nr. 65.
ZPO. §§ 172. 295.

Beklagter, der das geschuldete Kapital nebst Zinsen vor dem Verhandlungstermin bezahlt hatte, ist durch Urteil des Landgerichts v. 23. Okt. 1917 zu den Kosten des Rechtsstreits verurteilt worden. Dieses Urteil ist vom Beklagten rechtzeitig mit der sofortigen Beschwerde angefochten worden, weil die Klage nicht ordnungmäßig zugestellt gewesen sei. Beklagter gehört nämlich dem aktiven Heere als Gemeiner an, so daß die Zustellung gemäß § 172 ZPO. an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde und nicht, wie geschehen, an den Beklagten persönlich hätte erfolgen sollen. Ob diese Zustellung trotz der angezogenen Vorschrift nicht doch noch für zulässig und wirksam zu erachten war,

wie das Landgericht in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Kammergerichts v. 31. Dez. 1902 (OLGRspr. 6, 394) ausgesprochen hat,

mag dahingestellt bleiben, denn der Beschwerde muß auch dann der Erfolg versagt werden, wenn unterstellt wird, daß der § 172 ZPO. eine Zwangsvorschrift enthält, da Beklagter durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hat, daß er auf die Rechtsfolgen des Mangels der Klagezustellung verzichten wolle.

Beklagter war berechtigt, die gesetzwidrig erfolgte Zustellung gänzlich unbeachtet zu lassen. Das hat er indessen nicht getan. Er hat vielmehr einen Rechtsanwalt mit seiner Vertretung beauftragt, und dieser hat, nachdem er zwei Schriftsätze zu den Akten hat gelangen lassen, in dem vor der Kammer für Handelssachen anberaumten Verhandlungstermin v. 28. Juni 1917 beantragt, die Sache an die Zivilkammer zu verweisen, ohne auch nur des Mangels bei der Zustellung Erwähnung zu tun. Es mag zweifelhaft sein, ob diese

Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen als eine „mündliche Verhandlung" i. S. von § 295 ZPO. zu beurteilen sei, in welcher der Mangel bei Verlust des Rügerechts geltend gemacht werden mußte. Entscheidend ist aber schon, daß der Anwalt des Beklagten trotz Kenntnis des Mangels sich auf den Antrag beschränkt hat, den Rechtsstreit an die Zivilkammer zu verweisen. Um eine Entscheidung über die Kosten herbeizuführen, bedurfte es keines Antrages auf Verweisung an die Zivilkammer und die Entscheidung über Wirksamkeit der Klagezustellung hatte der Entscheidung über die Hingehörigkeit der Sache voraufzugehen (vgl. RGEntsch. 34, 394/395; JW. 1889 Nr. 28[35]). In dem Verhalten des Beklagten ist daher ein stillschweigender Verzicht auf das Rügerecht gemäß § 295 ZPO. zu finden, woraus sich ergibt, daß er mit Recht zu den Kosten des Rechtsstreits verurteilt ist.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 18. Dez. 1917. K. w. Sp. & Schw. — Bs. Z. III. 88/17. B.

---

106. Auch in Ehesachen bedarf es für die Zulässigkeit der Berufung einer Beschwerung des Berufungsklägers.

Vgl. 66 Nr. 147 m. N., 68 Nr. 247.
ZPO. §§ 614. 511.

Durch das Urteil des Landgerichts war die Beklagte dem Klagantrage entsprechend zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verurteilt worden. Der Kläger legte Berufung ein mit dem Antrage auf Scheidung der Ehe. Er begründete die Berufung damit, daß seit dem Jahre 1911 die Parteien keinen Geschlechtsverkehr mehr miteinander gepflogen hätten, das von der Beklagten am 27. Okt. 1915 geborene Kind im Ehebruch erzeugt sei und wegen dieses Ehebruchs der Beklagten, von welchem er erst kurz vor Einlegung der Berufung durch die damalige Schwangerschaft der Beklagten Kenntnis erlangt habe, die Scheidung verlangt werde. — Die Berufung wurde als unzulässig verworfen. Aus den Gründen:

„— — — Der Grundsatz, daß die Zulässigkeit einer Berufung eine Beschwerung (gravamen) des Ber.-Klägers durch das angefochtene Urteil voraussetzt, gilt an sich auch für den Eheprozeß. Die demgegenüber von dem Kläger angerufene Entscheidung des Reichsgerichts in Entsch. 36, 351 (SeuffA. 51 Nr. 154) betrifft einen von der hier maßgeblichen Sach- und Rechtslage abweichenden besonderen Fall. Dieses Urteil verwirft ausdrücklich die Begründung der Zulässigkeit der Berufung seitens einer in der 1. Instanz siegreichen Partei im Eheprozeß mit den Vorschriften von ZPO. § 614 (§ 574 a. F.) und § 616 (§ 576 a. F.). Vielmehr soll nur diejenige Berufung zulässig sein, welche das Mittel ist, um dem Ber.-Kläger einen wirksamen Verzicht auf die Folgen des für ihn obsieglichen Urteils zu ermöglichen, weil andernfalls trotz eines solchen Verzichts ein die Ehescheidung aussprechendes Urteil, welches

gemäß § 625 ZPO. von Amts wegen zuzustellen ist, rechtskräftig werden würde. Daneben wird in der Entscheidung auf den im § 622 ZPO. zum Ausdruck gebrachten Gedanken einer tunlichsten Aufrechterhaltung der Ehe verwiesen (siehe auch Gaupp ZPO. § 511 Anm. IIa).

In dem hier vorliegenden Fall hat aber der Kläger garnicht die Berufung eingelegt, um einen wirksamen Verzicht auf die Folgen des erstinstanzlichen Urteils zu ermöglichen, und wenn er einen solchen Verzicht wünschte, so könnte er — anders als bei einem die Scheidung aussprechenden Urteil — die Rechtskraft des Urteils durch Nichtzustellung verhindern und brauchte einem etwa rechtskräftig gewordenen Urteil keine weitere Folge zu geben. Des weiteren ist die Berufung nicht erforderlich, um für die Geltendmachung des jetzt vom Kläger angeführten Ehescheidungsgrundes Raum zu schaffen. Vielmehr ist auch nach Rechtskraft des angefochtenen Urteils der Kläger in der Lage, wegen des nunmehr behaupteten Ehebruchs der Beklagten die Scheidungsklage anzustellen und hieran insbesondere nicht durch den § 616 ZPO. behindert. So hat denn auch das Reichsgericht (4. Sen.) in einer Entscheidung v. 15. Febr. 1915 i. S. Gr. w. Ehefrau darauf hingewiesen, daß für eine Verbindung der Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit der Scheidungsklage in demselben Prozesse zwar nach § 614 die Möglichkeit, nicht aber ein aus § 616 abzuleitender Zwang gegeben sei, und daß der Rechtsgrund beider Klagen voneinander verschieden sei. Schließlich soll die gegenwärtige Berufung — anders als in dem Fall Entsch. 36, 351 — nicht etwa der Aufrechterhaltung der Ehe dienen, sondern gerade ihre Scheidung herbeiführen. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 27. März 1916. K. w. K. Bf. I. 363/15. Nö.

---

107. Unpfändbarkeit der Nutzungen eines nach § 2338 BGB. beschränkten Pflichtteils.

ZPO § 863; BGB. §§ 2338. 2336.

Voraussetzung für die in § 2338 BGB. zugelassene Beschränkung des Pflichtteils eines Abkömmlings und demgemäß für die Unpfändbarkeit der von diesem Abkömmling gezogenen Nutzungen aus der Erbschaft gemäß § 863 ZPO. ist, daß der Abkömmling entweder in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder in solchem Maße überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird. Nach § 2338 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 2336 Abs. 2 muß der Grund der Beschränkung in der Verfügung angegeben werden. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat die Ungültigkeit der Anordnung zur Folge (OLG.Rspr. 21, 341; 24, 99).

Diesen Erfordernissen ist in der letztwilligen Verfügung des Rentners Joh. Sch., des Vaters des Schuldners, v. 12. Aug. 1913 genügt. Das Testament besagt in § 1, daß sich das Vermögen des Erblassers laut Inventar v.

1. Jan. 1904 auf 500000 ℳ belaufen und sich durch spätere Verluste, welche der Erblasser durch seinen Sohn Christian — den Schuldner — erlitten habe, auf 350000 ℳ verringert habe. Im § 2 Nr. 1 verfügt sodann der Erblasser, daß der dem Schuldner zugewendete Erbteil auf 30000 ℳ festgesetzt werde und daß dieses Kapital für die Lebenszeit des Sohnes Christian unter der Verwaltung des Testamentsvollstreckers verbleiben und dem Sohne Christian nur der jährliche Reinertrag ausbezahlt werden solle; ferner, daß diese Verfügung getroffen wurde, „um dieses Vermächtnis vor den Zugriffen früherer Gläubiger zu schützen gemäß § 2338 BGB.". Nach dem Tode des Sohnes Christian soll das Vermächtnis an die gesetzlichen Erben des Sohnes Christian als Nachvermächtnisnehmer fallen.

Damit ist der Grund der getroffenen letztwilligen Verfügung nach der Vorschrift des § 2336 Abs. 2 BGB. genügend bezeichnet. Er besteht in der Überschuldung des Sohnes Christian. Diese Überschuldung hebt der Erblasser durch den im § 2 Nr. 1 des Testamentes enthaltenen Hinweis auf frühere Gläubiger seines Sohnes, gegen deren Zugriff der Sohn Christian durch die gemäß § 2338 BGB. getroffene Anordnung geschützt werden soll, deutlich hervor. Damit ist zugleich mit ausreichender Deutlichkeit die Befürchtung zum Ausdruck gebracht, daß der spätere Erwerb des Schuldners erheblich gefährdet werde.

Durch die eidesstattliche Versicherung der Ehefrau Auguste Sch. ist ferner glaubhaft gemacht, daß der Schuldner die Erträgnisse aus seinem väterlichen Nachlaß zur Erfüllung der ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht gegenüber seiner Ehefrau und zum eigenen standesgemäßen Unterhalt bedarf (§ 863 ZPO.).

Darnach sind die Bezüge des Schuldners aus seinem väterlichen Nachlaß gemäß § 863 ZPO. der Pfändung nicht unterworfen.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 12. Febr. 1918. J. H. w. Chr. Sch. Bs. VI. 13/18. Nö.

---

108. Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung erstreckt sich nicht auf fremdes Zubehör im unmittelbaren Besitz eines Dritten.

ZVGes. §§ 55. 90.

Die klagende Fabrik hatte an Th. in U. einen Sauggasmotor nebst Zubehör gegen Teilzahlungen unter Eigentumsvorbehalt geliefert; zurzeit bestand noch ein unbeglichener fälliger Rest von 1827,55 ℳ. Das Elektrizitätswerk des Th., in das die Maschinen eingebracht wurden, war von ihm auf dem Grundstück PlNr. 1698 erbaut, das den Wirtseheleuten A. in U. gehörte und wovon Th. einen Ausbruch zu erwerben gedachte; ehe jedoch der notarielle Kaufvertrag v. 6. Juni 1914 grundbuchamtlich vollzogen wurde, kam es zur Beschlagnahme und Zwangsversteigerung des A.schen Grundbesitzes mit der PlNr. 1698. Eingesteigert wurde er am 11. Sept. 1914 von der verklagten

Bierbrauerei, einer Aktiengesellschaft, die zugleich die letzte noch zum Zug kommende Hypothekgläuberin war. Das Elektrizitätswerk wurde in den Versteigerungsakten nicht erwähnt; eine Anmeldung nach § 37 ZVGes. war seitens der Klägerin nicht erfolgt, weil sie nach ihrer Behauptung von dem ganzen Verfahren keine Kenntnis erhielt. Das Elektrizitätswerk wurde nach der Versteigerung von Th. weiterbetrieben. Im November 1916 klagte die Klägerin gegen die Beklagte auf Herausgabe des Motors nebst Zubehör mit der Behauptung, Th. sei mit den vertragmäßigen Teilzahlungen im Rückstand geblieben, die Beklagte aber behaupte, durch den Zuschlag nunmehr Eigentümerin des Elektrizitätswerks geworden zu sein und verweigere trotz Aufforderung die Herausgabe der Maschinen. — Das Landgericht wies die Klage ab. Auf die Berufung der Klägerin, die bei der Schlußverhandlung ihren Herausgabeantrag durch den Antrag auf Zahlung von 1827,55 ℳ nach Wahl der Schuldnerin erweiterte, wurde die Beklagte schuldig erkannt, nach ihrer Wahl an die Klägerin entweder den von ihr an Th. gelieferten Sauggasmotor nebst Zubehör herauszugeben oder 1827,55 ℳ zu bezahlen. Aus den Gründen:

„Rechtsirrig ist die Meinung des Landgerichts, daß auch der noch nicht eingetragene Käufer des beschlagnahmten Grundstücks einem eingetragenen Eigentümer gleichstehe, wenn er sich im Besitz befindet. Eigentümer i. S. der Reichsjustizgebung kann nur sein, wer durch Auflassung und Grundbucheintrag das Eigentum am Grundstück erworben hat (§§ 873. 925 BGB.; Jaeckel-Güthe Bem. 1 zu § 26 ZVG.). Fehlt auch nur letzterer, so fehlt es am Eigentum als solchem, und es kommt im Rahmen des § 55 ZVG. nur darauf an, welches Rechtsverhältnis jetzt und dermalen besteht, nicht aber ob und wann etwa die fehlende Umschreibung im Grundbuch nachgeholt werden kann und nachgeholt wird. Die §§ 26 und 55 ZVG. dienen nur dem Zweck, gegenüber einem eingetragenen Recht den an sich auch während des ZwVerst.-Verfahrens zulässigen Eigentumswechsel auf das Verfahren einflußlos zu machen, um Verzögerungen zu vermeiden. Es handelt sich hier im Grunde um eine Ausnahme von §§ 750. 771 ZPO. Solange aber der Eigentumswechsel nicht dinglich vollzogen ist, ist nach dem ZwVerstGesetz der noch nicht eingetragene Käufer trotz der Beurkundung des Kaufs und der Auflassung noch ein Dritter, dem die Widerspruchsklage zusteht. Das ist gerade in solchen Fällen wichtig, in denen der nicht zur Eintragung gelangte Käufer bereits Pächter oder Mieter des beschlagnahmten Grundstücks ist und Gegenstände darauf eingebracht hat, die Zubehör wären, wenn sie im Eigentum des Schuldners stünden. Was dem Landgericht vorzuschweben scheint, wäre die Arglisteinrede: weil Th. nach Umschreibung im Grundbuch die Widerspruchsklage nicht erheben könne, sei sie ihm auch jetzt schon zu versagen. Das wäre ebenso falsch wie beim Vollstreckungsverfahren in bewegliche Sachen (RGEntsch. 3, 189; 68, 424). Ob im Versteigerungsverfahren im Grundstücke die Sache wenigstens dann anders

liegt, wenn der Dritte das beschlagnahmte Zubehör bereits vom Schuldner erworben hat, während hinsichtlich des Grundstücks die Umschreibung noch aussteht, kann offen bleiben; denn hier liegt der Fall nicht so, da ja Th. die Maschinen von Anfang an eingebracht und nicht erst von A. nach der Beschlagnahme erworben hat. Es kommt also hier sehr wohl darauf an, ob A. oder Th. zur Zeit des Zuschlags erkennbar den unmittelbaren Besitz der streitigen Maschinen gehabt hat. Das Ber.-Gericht ist der Ansicht, daß Th. unmittelbarer Besitzer dieser Maschinen ist und daß dieser unmittelbare Besitz des Th. offensichtlich in erkennbarer Weise (RGEntsch. 49, 253) schon bei der Zw.-Versteigerung v. 11. Sept. 1914 bestand. Dies ergibt sich eigentlich klar aus dem eigenen nunmehrigen Vorbringen der Beklagten. Denn wenn sie behauptet, daß Th. schon vor der Wegmessung der später gekauften, aber nicht umgeschriebenen Fläche aus Pl.-Nr. 1698 von A. in den Besitz eingewiesen war und daß die Eheleute A. niemals das von Th. auf der weggemessenen Grundfläche erbaute Elektrizitätswerk besessen und betrieben haben, so liegt es auf der Hand, daß diese Besitzverhältnisse des Th. für jeden Einwohner von U. und für jeden an die Erwerbung des A.schen Besitzes herangetretenen Interessenten äußerlich erkennbar waren. Von allem andern abgesehen mußte die Beklagte wissen und hat sie nach der Überzeugung des Gerichts gewußt, wer in U. und insbesondere für das dortige Wirtsanwesen die elektrische Beleuchtung liefert, ob A. oder Th. Wer aber das Elektrizitätswerk betreibt, den Strom liefert und die Bezahlung annimmt, der ist der unmittelbare Besitzer, mag der Grund und Boden des Werkes gehören, wem er will. — — —

Daß die Beklagte den mittelbaren Besitz an den streitigen Maschinen hat und ihn sich selbst zuschreibt, ergibt sich schon aus ihrem Verhalten in der 1. Instanz. Da sie auf die Aufforderung zur freiwilligen Herausgabe der Maschinen die Herausgabe zugestandenermaßen verweigert hat, ist der Schluß gerechtfertigt, daß sie sich den Besitz an den Maschinen zuschreiben wollte. Der mittelbare Besitz der Beklagten ergibt sich aber auch aus ihrem weiteren Vorbringen in der Ber.-Instanz, wonach es sich bei der Errichtung des Elektrizitätswerkes auf einem Teile der Pl.-Nr. 1698 nicht um einen heimlichen oder irrtümlichen Überbau gehandelt, vielmehr A. dem Th. die Erbauung und den Betrieb des Werkes auf seinem Grundbesitz schon vor dem Eigentumsübergang gestattet habe. Denn wenn das richtig ist, so ist diese Vereinbarung die Grundlage eines Rechtsverhältnisses i. S. des § 868 BGB., und zwar bei Unentgeltlichkeit mindestens einer Leihe (§ 598 BGB., vgl. OLGRspr. 9, 304); der Besitz, der dem Th. eingeräumt wurde, ist bis zum Eigentumsübergang der unmittelbare Besitz, für spätere Zeit der Eigentumsbesitz. Der mittelbare Besitz bleibt in solchen Fällen zunächst beim Grundstückseigentümer, der mangels Verbriefung ja nach dem bestehenden schuldrechtlichen Vertrag sogar die Beseitigung des Werkes verlangen und sein Grundstück zurücknehmen kann. Wenn nun die Beklagte behaupten will, sie stehe zu Th. jetzt in dem gleichen Verhält-

nis wie früher A., so ergibt sich daraus ohne weiteres der mittelbare Besitz der Beklagten. — — —

Hatte hiernach Th. bei der Versteigerung erkennbar den unmittelbaren Besitz am Werk und damit auch an den Maschinen als unbestrittenem Zubehör, so ging das Eigentum an den Maschinen nicht auf Grund des § 55 ZVG. an die Beklagte über und ist der Eigentumsvorbehalt der Klägerin noch aufrecht; denn das Vorhandensein eines fälligen Restes bestreitet die Beklagte nicht.

Dann aber muß die Beklagte ihren mittelbaren Besitz zugunsten der Klägerin aufgeben, weil diese und nicht sie die Eigentümerin ist. Diese Herausgabe kann auch durch Erklärung geschehen, die Maschinen können trotzdem im Gewahrsam des unmittelbaren Besitzers Th. bleiben; will die Klägerin die Herausgabe an sie selbst gegen den Willen des Th. betreiben, so muß sie auch diesen verklagen.

Wenn die Klägerin ihrem Antrag auf Herausgabe noch einen Zahlungsantrag nach Wahl der Schuldnerin auf den behaupteten Rückstand beigefügt hat, so ist demgegenüber der Einwand der unzulässigen Klagänderung nicht gerechtfertigt. Denn es handelt sich nicht um einen Übergang zum Interesse an Stelle der Herausgabe nach § 268 Nr. 3 ZPO., sondern um eine sprachliche Erweiterung der Klage, die eigentlich eine sachliche Verminderung der Ansprüche der Klägerin enthält und deshalb nach § 268 Nr. 2 mit §§ 527. 529 ZPO. zulässig ist. Da dieser Zusatz dem verklagten Teil hiernach günstiger ist, als wenn er nach dem ursprünglichen Klageantrage verurteilt würde, kommt es auch nicht darauf an, ob der zu seiner Wahl gestellte Zahlungsanspruch sich aus dem bürgerlichen Recht begründen läßt; denn die Beklagte ist nicht beschwert, wenn man ihr gestattet, einen berechtigten Anspruch durch einen andern abzugelten, obwohl sie in Wirklichkeit zur ursprünglich verlangten Herausgabe zu verurteilen wäre."

Urteil des OLG. München (1. Sen.) v. 12. Nov. 1917. M. w. B. L. 100/17.

F—z.

---

109. Einstweilige Verfügung auf Eintragung eines Widerspruchs gegen eine beantragte betrügerische Eigentumsübertragung.

GBO. § 40; BGB. § 899; ZPO. § 9.

Wie auch das Landgericht durch Erlassung des Arrestbefehls v. 10. Dez. 1917 anerkannt hat, ist durch die beigebrachten Urkunden glaubhaft gemacht, daß der Antragsgegner die Antragstellerin zu dem zwischen ihnen vor dem Notar geschlossenen Kaufvertrag über das bezeichnete Grundstück und der im Anschluß daran erklärten Auflassung des Grundstücks durch arglistige Täuschung bestimmt hat, insofern er der Wahrheit zuwider vorspiegelte, daß die von ihm der Antragstellerin abgetretene Forderung durchaus sicher und auch



alsbald beitreibbar sei. Dies läßt die von der Antragstellerin erklärte Anfechtung begründet erscheinen. Die deshalb nach § 142 Abs. 1 BGB. nichtige Auflassung kann nicht zu einem gültigen Wechsel in der Person des Grundstückseigentümers führen. Der Antragsgegner hat das notarielle Protokoll über die mit dem Eintragungsantrage verbundene Auflassung beim Grundbuchamt eingereicht, sodaß mit der baldigen Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuche zu rechnen ist. Nach seiner Eintragung als Eigentümer könnte der Antragsgegner oder ein Rechtsnachfolger auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gültig über das Grundstück verfügen, insbesondere das Grundstück mit Wirksamkeit veräußern und belasten, solange nicht zugunsten der Antragstellerin ein Widerspruch gegen sein Eigentum im Grundbuch eingetragen ist.

Um die Vereitelung der Ansprüche der Antragstellerin aus der Anfechtung der Auflassung zu verhüten, ist sonach die Eintragung eines solchen Widerspruchs erforderlich. Und wenn nun auch der Widerspruch nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. nicht vor der Eintragung des neuen Eigentümers eingetragen werden darf, so steht doch in einem Falle wie dem jetzigen, wo die Auflassung dem Grundbuchamte bereits vorliegt, nichts entgegen, im voraus eine hierauf gerichtete einstweilige Verfügung zu erlassen. Da im übrigen in der Wahl der zu treffenden Anordnungen freies Ermessen zusteht, war die Beschwerde so wie geschehen zu beachten.

Beschluß des OLG. zu Dresden (6. Sen.) v. 11. Januar 1918. 6a Reg. 5/18. Ch.

I. Bürgerliches Recht.

110. Beerbung eines im Ausland außerhalb seines Heimatstaats gestorbenen Ausländers nach den Gesetzen des Heimatstaats.

EG. BGB. Art. 25.

Am 9. Nov. 1908 starb in Petersburg, wo er seinen Wohnsitz hatte, der belgische Staatsangehörige August R. ohne Hinterlassung eines Testaments. Als seine Erben bezeichnete das Petersburger Bezirksgericht durch Urteil vom 5. Sept. 1909 die Witwe und zwei Neffen, nämlich Emil R. und Otto R. Die Klägerinnen sind Schwestern von Otto R. Sie machten geltend, der Erblasser sei nach belgischem Recht beerbt worden, nach belgischem Recht aber seien sie neben der Witwe und den Neffen des Erblassers Erben geworden; Otto R. sei von allen Verwandten mit Ausnahme von Emil R. mit der Regelung der Erbschaft in Rußland beauftragt gewesen und habe lediglich zur Vereinfachung der Sache bei dem Erbausweise vor dem Petersburger Gerichte die von ihm vertretenen Verwandten nicht mit als Erben angegeben, es sei aber mit ihm gleichmäßige Teilung der Erbschaft unter alle Neffen und Nichten vereinbart gewesen. Nach seinem inzwischen erfolgten Tode habe die Beklagte, seine Witwe und alleinige Erbin, das Erbrecht der Klägerinnen nach August R. bestritten. Die Klägerinnen klagten daher auf Feststellung ihres Miterbenrechts. Das Landgericht hat, von der Maßgeblichkeit des belgischen Rechts ausgehend, dem Feststellungsantrage der Klägerinnen entsprochen. Auf Berufung der Beklagten hat jedoch das Oberlandesgericht den Anspruch der Klägerinnen auf Miterbenbeteiligung abgewiesen. Die Revision der Klägerinnen hatte Erfolg. Aus den Gründen:

Das Oberlandesgericht hält zwar für erwiesen, daß der Erblasser als belgischer Staatsangehöriger gestorben sei, erkennt auch an, daß, wenn er infolgedessen nach belgischem Rechte beerbt worden wäre, das Miterbrecht der Klägerinnen nicht zweifelhaft sein könne, es kommt aber dazu, russisches Recht für maßgebend zu erklären, und stellt fest, daß nach russischem Rechte, wie es zur Zeit des Erbfalles galt, bei der gesetzlichen Erbfolge in der Seitenlinie Brüder die Schwestern und Neffen die Nichten des Erblassers ausschlossen. Ein gesetzliches Miterbrecht der Klägerinnen erachtet es darum nicht für gegeben.

Diesen Teil der Urteilsbegründung stellt die Revision zur Nachprüfung. Die Nachprüfung ergibt, daß er in einem wesentlichen Punkte auf Rechtsirrtum beruht.

Zutreffend sagt das Oberlandesgericht, die Frage, welches Erbrecht im Streitfall anwendbar sei, bestimme sich in erster Linie nach inländischem Rechte, also nach deutschem Rechte und den in Deutschland anerkannten Grundsätzen des internationalen Privatrechts. Richtig ist auch, daß das EG. zum BGB., das nur Vorschriften über die Beerbung eines Deutschen und über die Beerbung eines im Inlande verstorbenen Ausländers gibt (Art. 24 bis 28) die Frage, nach welchem Rechte ein im Auslande verstorbener Ausländer beerbt wird, nicht unmittelbar beantwortet. Unrichtig aber ist die Ansicht des Oberlandesgerichts, daß eine entsprechende Anwendung der im EG. über die Beerbung eines im Inlande verstorbenen Ausländers enthaltenen Sätze höchstens in solchen Fällen denkbar ist, wo der Erblasser nur im Inlande befindliche Sachen hinterlassen habe, während sich im gegebenen Falle die gesamte Hinterlassenschaft, die bewegliche sowohl wie die unbewegliche, in Rußland befinde, dort der Erblasser auch verstorben sei und sich überdies bereits ein russisches Gericht mit der Prüfung und Festsetzung der Erbfolge unter Erlaß eines Urteils befaßt habe, und daß dies dazu zwinge, die Frage, welches Erbrecht hier anzuwenden sei, nach russischem Rechte zu entscheiden.

Bei der eigenartigen Entstehungsgeschichte der dem EG. zum BGB. schließlich einverleibten Sätze des internationalen Privatrechts ist es verständlich, daß über die Art, wie die Lücken auszufüllen sind, die das EG. bewußt gelassen hat, die Ansichten sehr auseinander gehen. Indessen herrscht darüber jetzt ziemlich allgemeines Einverständnis, daß da, wo das EinfGesetz keine vollständige Lücke zeigt, sondern wenn auch keine vollkommenen, so doch unvollkommene Kollisionsnormen aufstellt und in seinen Vorschriften, wie auf dem Gebiet des Erbrechts, an die Staatsangehörigkeit anknüpft und nach ihr das sog. Personalstatut bestimmt, die Staatsangehörigkeit auch außerhalb des eigentlichen Anwendungsbereiches der Vorschriften des EinfGesetzes als der von diesem gewollte Ausgangspunkt für die Bestimmung der zuständigen Rechtsordnung zu nehmen ist. Davon ist auch bereits das Reichsgericht in verschiedenen Fällen (vgl. z. B. RGEntsch. 62, 400 betr. Art. 14, Warn.Erg. 1911 Nr. 126 und 1913 Nr. 53 betr. Art. 19) ausgegangen. Und, was insbesondere die Beerbung von Ausländern betrifft, so hat dementsprechend auch der I. Zivilsenat des Kammergerichts in dem vom Oberlandesgericht angeführten, auf weitere Beschwerde ergangenen Beschlusse (KJB. 42, 141) schon ausgesprochen, das in Art. 25 EG. anerkannte Staatsangehörigkeitsrecht greife nicht bloß bei inländischem Wohnsitze des ausländischen Erblassers, sondern auch noch viel mehr dann Platz, wenn der ausländische und im Auslande wohnhaft gewesene Erblasser nur im Inlande befindliche Gegenstände hinterlassen habe. Diesen Ausspruch mißversteht das Oberlandesgericht, wenn es ihn dahin auslegt, daß

die entsprechende Anwendung des Art. 25, Satz 1 auf Ausländer mit ausländischem Wohnsitze das Vorhandensein von Vermögen im Inlande zur notwendigen Voraussetzung habe, eine Voraussetzung, die in dem vom Kammergericht entschiedenen Falle ersichtlich auch garnicht zutraf. Auch der Umstand, daß sich im Streitfall das gesamte Vermögen des Erblassers in Rußland befand, könnte, wenn der Erblasser belgischer Staatsuntertan war, an der grundsätzlichen Anwendbarkeit des belgischen Rechts auf seine Beerbung ebensowenig etwas ändern wie die Tatsache, daß sich nach seinem Tode ein russisches Gericht mit der Prüfung und Festsetzung der Erbfolge unter Erlaß eines Urteils (einer Art Erbschein) befaßt hat.

Muß hiernach im Streitfalle mit Rücksicht auf die vom Oberlandesgerichte festgestellte Staatsangehörigkeit des Erblassers grundsätzlich vom belgischen Rechte ausgegangen werden, so ist doch das belgische Recht so anzuwenden, wie es der belgische Richter zur Anwendung gebracht haben würde, d. h. nicht nur in seinen Sachnormen, sondern regelmäßig auch in seinen Kollisionsnormen. Auch das entspricht der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. außer den vorhin angeführten Entscheidungen noch RGEntsch. 78, 236 u. 237). In Bezug auf das unbewegliche Vermögen eines Belgiers läßt nun, wie das Oberlandesgericht feststellt, das belgisch-französische Recht — ebenso wie z. B. das österreichische (vgl. RGEntsch. Bd. 63, 356) — das Recht, insbesondere das Erbrecht, des Ortes gelten, wo sich die Grundstücke befinden, das Recht der belegenen Sache. Da zudem auch das russische Recht, wie das Oberlandesgericht gleichfalls feststellt, beides mit maßgeblicher Bedeutung für das Revisionsgericht (§ 562 ZPO.), in Bezug auf den Grundbesitz, den Ausländer in Rußland haben, unbedingt seine eigenen Vorschriften für maßgebend erklärt, so besteht insoweit nicht einmal ein Gegensatz zwischen dem belgischen und dem russischen Rechte, vielmehr ist, soweit es sich um die Erbfolge in das unbewegliche Vermögen des Erblassers handelt, die Annahme des Oberlandesgerichts, daß russisches Recht anzuwenden sei, im Ergebnis unter allen Umständen zutreffend. Was dagegen das bewegliche Vermögen des Erblassers betrifft, das den Hauptbestandteil der Erbschaft ausmacht, so hätte das Oberlandesgericht vom Standpunkte der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des belgischen Rechts, den es nach der hier vertretenen Ansicht einzunehmen gehabt hätte, in eine Prüfung der Frage eintreten müssen, welche Bestimmungen dieses Recht, das belgische, über die Erbfolge in das bewegliche Vermögen von Belgiern trifft, die mit ausländischem Wohnsitz im Auslande sterben. Insbesondere hätte untersucht werden müssen, ob das belgisch-französische Recht insoweit das Recht des letzten Wohnsitzes oder, wie — entsprechend der immer mehr zunehmenden Bedeutung der Staatsangehörigkeit im internationalen Rechte — namentlich in neuerer Zeit vielfach angenommen wird, das Heimatrecht des Erblassers (la loi nationale) entscheiden läßt. Einer Entscheidung der Frage hätte es nicht bedurft, wenn sie in einem zwischen Belgien und Rußland geschlossenen Staatsvertrage geregelt

wäre. Das ist jedoch nach der Feststellung des Oberlandesgerichts nicht der Fall, da danach eine Konvention der beiden Staaten zwar besteht, sie aber die Streitfrage nicht behandelt. In eine Prüfung der Streitfrage ist indessen das Oberlandesgericht nicht eingetreten, es hat sie vielmehr, von seinem Standpunkt aus mit Recht, ausdrücklich unerörtert gelassen. Sein Urteil unterliegt daher der Aufhebung. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 8. Nov. 1917. T. w. H. (OLG Köln) IV. 253/17. Auch in Entsch. 91 Nr. 37 S. 139. A.

---

111. Beweislast des Klägers für das Zustandekommen eines mündlichen Kaufvertrags gegenüber dem Einwande der vereinbarten Schriftform.

Vgl. Bd. 58 Nr. 136 m. N.
BGB. § 125 Satz 2; ZPO. § 282.

Die Klägerin verlangte Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrags. Die Beklagte wendete ein, der Vertrag sei nicht fest abgeschlossen, es sei vielmehr vorbehalten worden, daß das Geschäft erst durch schriftliche Bestätigung seitens der Beklagten zustande kommen sollte, und letztere sei sodann nur unter einer nicht eingetretenen Bedingung erfolgt. Das Landgericht hat auf einen Eid über vorbehaltlosen Abschluß des Geschäfts für die Beklagte erkannt. Berufung und Revision der Klägerin waren erfolglos. Aus den Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf der Erwägung, daß die Beweislast für den vorbehaltlosen Abschluß des Geschäfts die Klägerin treffe, daß ein Beweis hierfür aus der vorgelegten Korrespondenz nicht zu entnehmen sei, und daß es deshalb auf den von der Klägerin dem Gegner zugeschobenen Eid ankomme.

In der Rechtslehre besteht Streit darüber, wer beweispflichtig ist, wenn hinsichtlich eines an sich nicht formbedürftigen Vertrags der eine Teil behauptet, es sei Beurkundung verabredet worden; vgl. z. B. einerseits Planck A. 3, Staudinger A. 5, anderseits Komm. v. RGR. A. 3 zu § 154 BGB., Eccius bei Gruchot Bd. 45, S. 271. Auch bezüglich der damit verwandten Frage, wer beweispflichtig ist, wenn vom Kläger unbedingter Abschluß des Vertrags, vom Beklagten Setzung einer aufschiebenden Bedingung behauptet wird, besteht Meinungsverschiedenheit, doch hat sich hier die Rechtsprechung und mit ihr die überwiegende Meinung in der Rechtslehre auf den Standpunkt gestellt, daß es Sache des Klägers sei, den unbedingten Vertragsabschluß zu beweisen (vgl. die Zitate bei Gaupp-Stein A. IV. 5 zu § 282 ZPO.). Nun besteht ja grundsätzlich ein Unterschied zwischen beiden Fällen; in Fällen der letzterwähnten Art steht der Abschluß des Vertrags außer Streit und es ist nur festzustellen, ob seine Wirksamkeit vom Eintritte der Bedingung abhängig gemacht worden ist, während in Fällen der hier in

Rede stehenden Art streitig ist, ob es überhaupt zum Abschluß eines Vertrags gekommen ist. Aber diesem theoretischen Unterschied ist eine praktische Bedeutung für die Beweisfrage nicht beizumessen. Denn für die insoweit allein bedeutsame Frage, ob ein bindender Vertrag zustande gekommen ist, macht es keinen Unterschied, ob der behauptete Vorbehalt dahin gegangen ist, daß der Vertrag mit Eintritt der Bedingung in Wirksamkeit treten solle, oder dahin, daß er durch Abgabe einer schriftlichen Erklärung erst abgeschlossen werden und auf diese Weise in Wirksamkeit treten solle. Es muß daher auch in Fällen der letzteren Art vom Kläger der Beweis für den Abschluß des Vertrags in der von ihm behaupteten Art und Weise verlangt werden."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 18. Febr. 1918. B. w. B. (OLG. Hamm). IV. 427/17. A.

---

112. Über den Einfluß der Verordnung gegen übermäßige Preissteigerung auf die abstrakte Schadenberechnung des Käufers.

VO. v. 23. Juli 1915 § 5 Nr. 1; RGBl. 467.

Die Klägerin begehrte die Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung von 1740 *M* und 5% Zinsen daraus seit dem 3. Mai 1916 mit der Begründung, die Beklagte habe sich am 15. Jan. 1916 verpflichtet, ihr 2 Faß Spiritus zu je 600 l zum Preise von 285 *M* für 100 l käuflich zu liefern, jedoch trotz Gewährung einer Nachfrist die Lieferung nicht ausgeführt. Die Klägerin sei deshalb berechtigt, Schadenersatz wegen Nichtlieferung zu verlangen; der Schaden betrage bei Zugrundelegung eines Preises von 530 *M* für 100 l reinen Alkohols, wie ihn die Beklagte am 16. Febr. 1916 der Klägerin gegenüber selbst berechnet habe, 1740 *M*. — Das Landgericht gab dem Klagantrag statt; die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Aus den Gründen:

„Die Ansicht des Landgerichts, daß aus der Verordnung gegen übermäßige Preissteigerung v. 23. Juli 1915 (RGBl. S. 467) kein begründeter Einwand gegen die von der Klägerin gewählte und angewandte abstrakte Schadenberechnung erhoben werden könne, weil es sich im vorliegenden Falle nicht um ein Kauf- oder sonstiges Erwerbsgeschäft, sondern nur um eine Schadenersatzforderung handle, ist mit dieser Begründung allerdings nicht richtig. Die Verordnung bezweckt die Verhinderung einer wirtschaftlich unbegründeten Preissteigerung im Verkehr mit Gegenständen des täglichen Bedarfs. Sowenig nun nach § 5 Nr. 1 VO. der Verkäufer eines derartigen Gegenstandes mit einem wirtschaftlich ungerechtfertigten Marktpreis einen übermäßigen Gewinn beziehen darf, sowenig darf bei der Geltendmachung eines abstrakten Schadenersatzanspruchs dessen Höhe nach dem Unterschiede zwischen einem solchen Marktpreis und dem Preise berechnet werden, um den die Ware vertragmäßig zu liefern gewesen wäre. Der abstrakt berechnete Schadenersatz darf m. a. W.

„nicht zu einem übermäßigen Gewinn im Sinne der Preissteigerungsverordnung v. 23. Juli 1915 führen" (vgl. JW. 1918, 35[8] Fußnote 2). Wo dies dennoch der Fall ist, ist das Schadenersatzbegehren insoweit als gegen ein Verbotgesetz und möglicherweise gegen die guten Sitten verstoßend gemäß §§ 134. 138 Abs. 1 BGB. nichtig. Die für die Zeit vor der Erlassung der Verordnung schon in Geltung gewesenen und vom 1. Richter vollkommen zutreffend wiedergegebenen Rechtsgrundsätze für die Geltendmachung eines abstrakten Schadens und für die Art seiner Berechnung haben somit durch die Verordnung, insbesondere deren § 5 Nr. 1 bezüglich der darin bezeichneten Gegenstände des täglichen Bedarfs eine Einschränkung dahin erfahren, daß während der Geltungsdauer dieser Verordnung nur ein solcher Betrag zu ersetzen ist, der sich unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse und insbesondere der Marktlage, also nicht des Marktpreises, nicht als ein übermäßiger Gewinn darstellt;

RGEntsch. 90, 305; RG. in JW. 1917, 901[4]; im Recht 1916, 196 Nr. 411 u. 344 Nr. 553; ferner JW. 1916, 1328 u. Recht 1916, 640 und 1917, 594 Nr. 1157 bis 1159.

Demnach wäre vom Landgericht vor allem zu prüfen gewesen, ob und inwieweit etwa die Schadenberechnung der Klägerin einen Verstoß gegen § 5 Nr. 1 VO. enthält und ob etwa infolge der freiwilligen Ermäßigung des Klageanspruchs auf 1740 M die Annahme eines übermäßigen Gewinnes ausgeschlossen wurde (Recht 1917, 461, Nr. 352). Die nunmehr in der Ber.-Instanz vorzunehmende Prüfung ergibt die Bejahung dieser letzten Frage.

Daß Spiritus ein Gegenstand des täglichen Bedarfs ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Übermäßig im Sinne der VO. ist aber ein Gewinn nur, wenn er denjenigen übersteigt, der bei normaler Marktlage im Frieden hätte bezogen werden können (RG. im Recht 1917, 459, Nr. 330) und wenn er durch Ausbeutung der Kriegsnot erzielt wurde (Oberstes LG. f. Bayern und RG. ebendort 460 Nr. 344 und Nr. 347). Es ist nun eine gerichtsbekannte und deshalb keines weiteren Beweises bedürftige Tatsache, daß im Frieden ein kaufmännischer Gewinn von 33% allgemein als ein solcher betrachtet wurde, der bei normaler Marktlage in der Regel bezogen werden konnte und durfte. Die Klägerin hat bei einer Gegenstandssumme des mit der Beklagten abgeschlossenen Lieferungsvertrags von 4620 M (ohne 60 M Kosten und Spesen) einen abstrakten Schaden von 1740 M oder von rund 37,6% berechnet und ersetzt verlangt, also um etwa 4,6% mehr, als der kaufmännische Friedensgewinn betragen durfte. In dieser geringen Erhöhung vermag aber das Ber.-Gericht bei Berücksichtigung der gesamten hier in Frage stehenden Verhältnisse, der schon in der Vorinstanz eingehend gewürdigten besonderen Umstände des Falles und der von den Sachverständigen bekundeten Lage des Spiritusmarkts zur Zeit des Vertragsabschlusses, und des mit dem 5. März 1916 eingetretenen Endes der von der Klägerin gesetzten Nachfrist (JW. 1918, 35[9]) die Geltendmachung eines übermäßigen Gewinnes nicht zu erblicken und zwar um so weniger, als die Klägerin bei Berechnung des Gewinnes auch die Erhöhung ihrer

Unternehmerkosten infolge der Kriegsteuerung billigerweise mit in Anschlag bringen durfte und von einer Ausbeutung der Kriegsnot hier selbstverständlich nicht gesprochen werden kann (vgl. RG. im Recht 1916, 345 Nr. 544; KG. in JW. 1917, 116).

Der von der Beklagten erhobene Einwand der gänzlichen oder doch teilweisen Nichtigkeit des Schadenersatzanspruchs der Klägerin aus dem Gesichtspunkt der VO. v. 23. Juli 1915 und insbesondere wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ist daher nicht gerechtfertigt. — — —"

Urteil des OLG. zu München (2. Sen.) v. 21. März 1918. L. w. K. L. 610/17. F—ch.

---

113. Über die Zulässigkeit und Wirkung der teilweisen Anfechtung eines Kaufvertrags.

Vgl. 69 Nr. 30 m. N.
BGB. § 139.

Der Kläger stützt seinen Anspruch in erster Linie auf Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung. Mit Recht hat das Landgericht diesen Klaggrund schon deshalb zurückgewiesen, weil der Kläger nur einen Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts anfechten will und dies regelmäßig unzulässig ist.

Der Kläger hatte durch Vertrag v. 30. Juli 1914 seinen Hof für 189000 ℳ an den Kaufmann K. verkauft, und es war bereits in dem Kaufvertrage vorgesehen, daß der Kaufpreis in Höhe von 33000 ℳ durch Abtretung von 54000 ℳ Nominal-Anteilen an einer bestimmten Gesellschaft m. b. H. berichtigt werden sollte. Lediglich diesen Teil des Vertrags ficht der Kläger an, er hebt ausdrücklich hervor, daß er den Kaufvertrag im übrigen bestehen lassen wolle.

Nun ist es zwar nicht schlechthin unzulässig, einen Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts anzufechten, aber die Teil-Anfechtung setzt voraus, daß es sich um eine von dem Inhalt des übrigen Geschäfts trennbare Abrede handle, daß sich also feststellen läßt, daß das Geschäft auch ohne den angefochtenen Teil geschlossen wäre. Die Regel des § 139 BGB. hat auch hier zur Anwendung zu kommen. Würde man dies nicht annehmen, so würde aus einem innerlich zusammenhängenden Geschäft ein Teil herausgerissen werden, und der Rest, der bestehen bleiben soll, würde dem Anfechtungsgegner nunmehr als der maßgebliche Vertrag aufgenötigt werden, obwohl dieser einen Vertrag mit dem beschränkten und veränderten Inhalt niemals gewollt hat;

vgl. RG. in JW. 1913, 18; Danz in Jherings Jahrb. 46; 457; Komm. von RGRäten Anm. 1 u. 6 zu § 142 BGB.; Staudinger Anm. 6 zu § 142 BGB.

So liegt der Fall hier. Es läßt sich nicht feststellen, daß der Kaufmann K. den Kaufvertrag zum Preise von 189000 ℳ, wie er vereinbart ist, geschlossen hätte, wenn nicht von vornherein vereinbart wäre, daß ein erheblicher Teil des Kaufpreises (33000 ℳ) durch Hingabe der Anteile gezahlt werden sollte.

Gerade, wenn diese Anteile, wie der Kläger behauptet, in Wahrheit wertlos waren und ihre Wertlosigkeit dem K. bekannt war, läßt sich um so weniger annehmen, daß K. sich auf einen Kaufvertrag mit einem insoweit bar zu zahlenden Kaufpreise von 189000 ℳ eingelassen hätte. Es muß also bei der Regel des § 139 BGB. bleiben, daß im Zweifel bis zum Beweise des Gegenteils alle einzelnen Teile des Rechtsgeschäfts wesentliche und untrennbare Bestandteile desselben bilden, und der Kläger hat nichts anführen können, um darzutun, daß es hier anders wäre. Die ganzen Umstände und die Bedeutung der streitigen Abrede sprechen entscheidend gegen eine solche Annahme.

In Frage kann daher nur kommen, ob die Anfechtung der Teilabrede gemäß § 139 BGB. die Unwirksamkeit des ganzen Kaufgeschäfts auch wider den Willen des anfechtenden Klägers zur Folge habe oder ob die Anfechtung unwirksam sei, weil der mit ihr erstrebte Rechtserfolg, nur die Teilabrede zu vernichten, nicht eintreten kann, der weitergehende Erfolg der Vernichtung des ganzen Geschäfts aber nicht gewollt ist. Diese Frage ist in dem letzteren Sinne zu entscheiden; denn die Regelung der Anfechtung im BGB. beruht, wie die §§ 142. 143. 144 BGB. ergeben, auf dem Grundgedanken, daß es bei den anfechtbaren Geschäften der Willenserklärung des Anfechtenden bedarf, um das Geschäft unwirksam zu machen. Beschränkt aber der Anfechtende die Anfechtung unzulässigerweise nur auf einen Teil des Geschäfts, während er dies im übrigen bestehen lassen will, so fehlt es an der erforderlichen Kundgebung des Willens, daß das einheitliche Rechtsgeschäft hinfällig sein solle, und die nur auf den Teilerfolg gerichtete Erklärung ist unwirksam, da sie diesen Teilerfolg nicht erreichen kann. Schon das Anfechtungsschreiben v. 10. März 1916 ließ deutlich ersehen, daß nur die Abrede der Annahme der Geschäftsanteile als Teil des Kaufpreises angefochten sein sollte.

Würde man aber Nichtigkeit des ganzen Vertrages annehmen, so könnte Kläger im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung nur Herausgabe des von ihm hingegebenen Grundstücks fordern. Einen Anspruch auf Geldersatz würde der Kläger, da die Voraussetzungen des § 812 Abs. 2 BGB. nicht behauptet sind, nur nach Maßgabe der Grundsätze über unerlaubte Handlungen haben.

Auf unerlaubte Handlung wird denn auch der Anspruch in zweiter Linie gestützt. — — —"

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 13. Nov. 1917. — H. w. P. — U. II. 1917. Schlesw.-Holst. Anz. 1918, 31.

---

114. Bedeutung des Angebots „freibleibend".

Vgl. 30 Nr. 165. 166.

BGB. §§ 145. 157.

Die Beklagte war der Klägerin aus käuflicher Lieferung von Garn 1725 ℳ mit Zinsen schuldig geworden; sie hatte jedoch die Bezahlung abgelehnt, weil sie sich eine höhere Gegenforderung zuschrieb, mit der sie aufrechnete. Sie

verlangte nämlich 1985 M Schadenersatz, weil ihr die Klägerin einen von ihr gekauften Posten Garn nicht geliefert habe. Im Brief v. 31. Mai 1915 hatte nämlich die Klägerin der Beklagten mehrere näher bezeichnete Posten Garn „freibleibend" zum Kaufe angeboten und hinzugefügt, daß sie sich Zwischenverkauf vorbehalte. Nach Empfang dieses Briefes rief am Vormittage des 1. Juni 1915 der Geschäftsführer der Beklagten Sch., die Klägerin mittels Fernsprechers an und teilte dem auf Seiten der Klägerin am Fernsprecher befindlichen Angestellten K. u. a. mit, daß die Beklagte die in dem Briefe erwähnten ersten zwei Posten Garn nehme. Die Beklagte vertrat nun die Ansicht, es sei durch diese Mitteilung der Kauf zustande gekommen. Die Klägerin stellte den Abschluß eines Kaufes in Abrede, wurde aber von beiden Instanzen unter Zurückweisung der Aufrechnungseinrede verurteilt, vom Oberlandesgericht mit folgender Begründung:

„Da die Beklagte die Entstehung der Klageforderung nicht bestreitet und lediglich einwendet, die Forderung sei durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung getilgt, hängt die Entscheidung davon ab, ob die Gegenforderung begründet ist. Dies hat das Landgericht mit Recht verneint.

Wenn die Klägerin mit Brief v. 31. Mai 1915 der Beklagten mehrere Posten Garn — darunter den hier fraglichen Posten — „freibleibend" anbot und hinzufügte, daß Zwischenverkauf vorbehalten bleibe, so wollte sie damit erkennbar ein für sie unverbindliches Angebot machen und die Beklagte lediglich zu einem entsprechenden Angebot anregen. Sie brachte damit aber nicht, wie die Beklagte meint, zum Ausdruck, daß sie nur dann, wenn sie das Garn inzwischen weiterverkauft haben sollte, an den Antrag nicht gebunden sein wollte; denn das Wort „freibleibend" besagt deutlich, daß das Angebot schlechthin unverbindlich sein soll (vgl. auch Staudinger 7. 8 Bem. 5 zu § 145 BGB.; Düringer-Hachenburg HGB² 2, 135). Fügte die Klägerin noch hinzu, daß der Zwischenverkauf vorbehalten bleibe, so wollte sie damit nach Lage des Falles nicht die Unverbindlichkeit ihres Angebots einschränken, sondern noch besonders hervorheben, daß sie sich auch den Weiterverkauf vorbehalte. Dieser besonderen Hervorhebung bedurfte es an sich allerdings nicht, da das Angebot schon infolge der Hinzufügung des Wortes „freibleibend" schlechthin unverbindlich war; dergleichen überflüssige Zusätze werden aber im geschäftlichen Verkehr nicht selten gemacht und im vorliegenden Fall erklärt sich der Zusatz überdies aus den Umständen. Die angebotenen Posten Garn befanden sich nach Ausweis des Briefes v. 31. Mai 1915 nicht im Besitze der Klägerin, sondern lagerten noch bei dritten Firmen. Infolge der durch den Krieg geschaffenen Verhältnisse kam es nun nicht selten vor, daß der Verkäufer nicht liefern konnte, weil er von seinen Lieferanten im Stiche gelassen wurde, und daß er deshalb auf Schadenersatz belangt wurde. Die Klägerin wollte sich nun offenbar vor solchen Ansprüchen möglichst schützen und sich daher nicht vorzeitig binden; sie stellte deshalb das Angebot nur freibleibend. Sie wollte sich jedoch auch den Weiterverkauf vorbehalten und fügte

offenbar aus diesem Grunde noch die entsprechende Bestimmung dem Angebote hinzu. — — —

Enthielt sonach das Schreiben der Klägerin v. 31. Mai 1915 dem Sinne nach lediglich das Ersuchen, ihr ein Angebot zu machen, so kam der Vertrag über den Posten Garn nicht schon mit der Erklärung der Beklagten v. 1. Juni 1915, daß sie das Garn nehme, zustande, sondern erst dann, wenn die Klägerin dieses Angebot annahm. §§ 145ff. BGB.). — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 4. Juli 1917. W. & Co. w. L. — 3 O. 95/16. F—ch.

115. Zweijährige Verjährungsfrist des Mäklerlohnes eines Kaufmanns.

BGB. § 196 Nr. 1; 653; HGB. § 344.

Durch Vertrag v. 31. Jan. 1909 hatte der Beklagte den Kläger beauftragt, ihn bei der Verwertung seiner in der Flur G. erworbenen Braunkohlenabbaurechte zu unterstützen. Der Kläger sollte im Fall der Veräußerung unter seiner Vermittlung ein Viertel, im Fall einer von ihm nicht vermittelten Veräußerung 2% des dem Beklagten zufließenden Reingewinns erhalten.

Mit der Behauptung, daß der Beklagte ohne seine Vermittlung die Abbaurechte im Jahre 1910 an die G.er Kohlenfelder-Verwertungsgesellschaft m. b. H. und diese sie 1910 oder 1911 an den Königlich Sächsischen Staatsfiskus weiterveräußert habe, und daß dabei dem Beklagten ein Gewinn von mindestens 65000 ℳ zugeflossen sei, begehrt der Kläger als 2% von dem Gewinne 1300 ℳ nebst 4% Zinsen seit dem 10. Februar 1916. Die Klage wurde in 2. Instanz auf Grund der von dem Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung abgewiesen. Gründe:

„— — — Daß der Kläger Kaufmann ist und zur Zeit des Abschlusses des Vertrags v. 31. Januar 1909 war, kann nach der Bescheinigung des Rates der Stadt L. nicht zweifelhaft sein, wird vom Kläger auch selbst nicht mehr bestritten. Es greift infolgedessen, da es sich bei dem Vertrage v. 31. Januar 1909 um die Besorgung eines fremden Geschäfts handelte, die nach der Vorschrift in § 344 HGB. in den Kreis des vom Kläger betriebenen Handelsgewerbes fiel, für den vom Kläger auf Grund jenes Vertrags erhobenen Anspruch die Bestimmung in § 196, Nr. 1 BGB. Platz. Ohne Einfluß ist die Höhe des Anspruchs:

RGEntsch. 66, 49, auch 72, 179 in Verb. m. OLGRspr. 32, 62; RGEntsch. 81, 8.

Danach verjährte der Klaganspruch, da der Kläger selbst nicht behauptet hat, daß seine Leistungen für einen Gewerbebetrieb des Beklagten erfolgt seien, in zwei Jahren. Die Verjährung begann nach §§ 198. 201 BGB. mit dem Schluße des Jahres, in welchem der Anspruch zur Entstehung gelangt war. Entstanden aber war der Anspruch des Klägers, sobald er geltend gemacht werden konnte, ohne daß es darauf ankommt, ob der Kläger vom Bestehen

des Anspruchs Kenntnis hatte (JW. 1912, 70b). Geltend machen konnte der Kläger den Anspruch auf die 2% vom Reingewinn sofort, nachdem der Beklagte die Abbaurechte veräußert und die Gegenleistung dafür erhalten hatte. Das ist nach der eigenen Darstellung des Klägers im landgerichtlichen Tatbestand in Verbindung mit der Aussage des Zeugen O. keinesfalls später als 1911 gewesen. Der Anspruch des Klägers war also mit Schluß des Jahres 1913 verjährt. Daran wurde durch die Verordnung v. 22. Dez. 1914 (RGBl. 543) nichts geändert."

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 31. Dez. 1917. — D. w. D. — 2 O. 80/17. F—ch.

---

116. Kann der persönliche Schuldner aus einer Hypothek gegen die Zinsenforderung einwenden, daß er nicht gemahnt sei?

BGB. § 284, ZPO. § 93.

Der Beklagte ist als persönlicher Schuldner auf rückständige, am Fälligkeitstage nicht bezahlte Hyp.-Zinsen verklagt worden; er hat diese Zinsen nach Zustellung der Klage und vor dem ersten Verhandlungstermin bezahlt, dadurch hat sich die Hauptsache erledigt. Der Beklagte hat sich gegen die Kostenlast verwahrt und zur Begründung vorgetragen, daß sein Nachfolger im Eigentum des belasteten Grundstücks die Zinsenzahlung Jahre lang vorgenommen habe, daß er selbst die Unterlassung der Zinszahlung nicht gekannt habe, und auch vor Zustellung der Klage nicht gemahnt worden sei. Der Kläger hat diese Darstellung in tatsächlicher Beziehung nicht bestritten, ihr jedoch entgegengehalten, daß der Beklagte auch ohne Mahnung durch den Eintritt des Zahltages in Verzug geraten sei und daher zur Klage Veranlassung gegeben habe. Das Landgericht ist der Auffassung des Klägers gefolgt und hat die Kosten dem Beklagten auferlegt.

Der Senat hält diese Auffassung nicht für zutreffend und nimmt an, daß der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat.

Es ist nicht zweifelhaft, daß der Beklagte als Schuldner mit dem Ablauf des Zinszahlungstermins auch ohne Mahnung in Verzug geraten war. Es ist auch richtig, daß der Verzug des Schuldners regelmäßig dem Gläubiger einen schon für sich allein genügenden Anlaß zur Klagerhebung gibt. Indessen ist dies nicht immer der Fall. Ausnahmsweise können die Umstände so liegen, daß der Gläubiger nach den auch im Gebiete des Prozeßrechts innerhalb gewisser Grenzen geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben und von vernünftiger gegenseitiger Rücksichtnahme, trotz schon vorliegenden Verzugs des Schuldners, diesem noch besonders Gelegenheit zur Leistung gewähren muß, ehe er ihn verklagt, wenn er sich nicht selbst die Kostenlast zuziehen will (OLG. Rspr. 2, 163; 11, 54).

Zu diesen Ausnahmefällen gehört der vorliegende Fall. Es geschieht überaus häufig, daß der Eigentümer eines Grundstücks und Hyp.-Schuldner dem neuen Erwerber des Grundstücks die Zinszahlung auch ohne eigne Entlassung aus dem Schuldverhältnis überläßt. Dieser Zustand ist sogar der wirtschaftlich natürliche, da die Hyp.-Zinsen geldlich zunächst aus den dem jeweiligen Grundstückseigentümer zufließenden Grundstückseinnahmen geleistet zu werden pflegen. Dem Volksempfinden, das überhaupt die dingliche und die obligatorische Seite nur schwer auseinanderhält, liegt es sogar am nächsten, den Grundstückseigentümer, auch wenn er die persönliche Schuld nicht übernommen hat, ohne weiteres als den Zahlungspflichtigen anzusehen. Diese volkstümliche, aber rechtlich unzutreffende Anschauung ist dennoch für das Maß gegenseitiger Rücksichtnahme der Beteiligten nicht unbeachtlich. Kommt noch hinzu, daß, wie hier, der dargelegte Zustand der Zinsenzahlung Jahre lang besteht, so erfordert es das Gebot der vernünftigen Erwägung und der angemessenen Rücksicht, daß dem Schuldner, der den Grundstücksverhältnissen ferngerückt ist, zum mindesten eine Mitteilung zugeht, ehe er verklagt wird. Denn es kann auch weiterhin nicht verkannt werden, daß solche Schuldner, mögen sie auch nach strengem Rechte dazu verpflichtet sein, nur selten die Zinszahlung durch den Grundstückseigentümer, der Jahre lang seine Zinsen richtig bezahlt hat, überwachen, ohne daß man ihnen hieraus einen besonderen Vorwurf machen kann.

Der § 93 ZPO. führt also zu der dem Beklagten günstigen Entscheidung.

Beschluß des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 29. Nov. 1917. G. w. P. W. I. 67/17. SchlHolst.Anz. 1918, 25.

---

117. Verpflichtung des Verkäufers, die Kosten von Ausbesserungen zu tragen, die dem Mieter vor dem Verkauf des Grundstücks zugesagt waren.

Vgl. 61 Nr. 198.

BGB. §§ 434. 439. 571.

Der Kläger hatte am 31. Mai 1916 vom Beklagten das Grundstück H.-Straße 3 in L. gekauft, worin einem gewissen L. gemietete Räume überlassen waren. Diesem waren im März 1916 Ausbesserungen der Mieträume zugesagt worden, die erst im Sommer 1916 ausgeführt werden sollten. Der Kläger ließ sie vornehmen und forderte vom Beklagten Ersatz der Aufwendungen dafür in Höhe von 1254,07 ℳ nebst 4% Zinsen seit dem 21. Nov. 1916. — Der Beklagte wurde in beiden Instanzen verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Gerichts:

„Durch die Zusage der Ausbesserungen an den Mieter L., die unbestritten in einer gegen den Beklagten wirksamen Weise erfolgt ist, ist der Inhalt des Mietvertrags zwischen dem Beklagten und L. erweitert worden. Diese Verpflichtung, die eine Nebenleistung aus dem Mietvertrage bildete, war vertragmäßig erst zu einer nach der Veräußerung des Grundstücks an den Kläger liegenden Zeit zu erfüllen. Sie gehörte also zu den sich während der Dauer des

Eigentums des Klägers aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen, in die der Kläger an Stelle des Beklagten nach § 571 BGB. eintrat, da die Mieträume vor der Veräußerung dem Mieter L. überlassen worden waren. Sie war nunmehr eine eigene Verpflichtung des Klägers. Daraus folgt aber noch nicht, daß sie im Verhältnis zwischen den Parteien auch dem Kläger zur Last fiele. Für dieses Verhältnis war der von den Parteien abgeschlossene Kauf maßgebend. Danach hat insbesondere der Beklagte das erkaufte Grundstück frei von Rechten zu verschaffen, die Dritte gegen ihn geltend machen konnten (§ 434 BGB.). Dazu gehören nicht nur dingliche sondern auch persönliche, die dem Käufer gegenüber wirksam sind, namentlich auch Mietrechte. Allerdings war beiden Parteien das Mietverhältnis mit L. bekannt; das also an sich nicht zu den Rechten gehören sollte, von denen das Grundstück freizubleiben habe. Das galt aber nur insoweit, als der Umfang der Verpflichtungen aus dem Mietvertrage, die den Kläger treffen konnten, den Parteien beim Vertragschlusse bekannt oder doch erkennbar war — — —; nicht aber auch für solche außergewöhnliche Verpflichtungen, mit denen nicht zu rechnen war. Zu derartigen außergewöhnlichen Verpflichtungen gehört die durch die Zusage an den Mieter L. begründete. Sie überstieg nicht nur das vom Käufer vorauszusehende Maß der während der Dauer eines bestehenden Mietverhältnisses herzustellenden Ausbesserungen durch die Höhe des erforderlichen Aufwandes, sondern war auch dadurch ungewöhnlich, daß sie erst in einer späteren Zeit zu erfüllen war. Der Käufer durfte erwarten, daß ihm solche Verpflichtungen bei den Vertragsverhandlungen bekanntgegeben würden. Das ist aber unbestritten geschehen. Der Beklagte selbst hat nach seiner Darstellung keine Kenntnis von der Zusage gehabt, beide Parteien haben daher nicht den Willen gehabt, daß durch den Kauf die Verpflichtung aus der Zusage dem Kläger aufgebürdet werden sollte. Das Recht des Mieters L. auf diese Nebenleistung aus dem Mietvertrage gehörte daher zu den Rechten Dritter, von denen das verkaufte Grundstück nach § 434 BGB. frei sein mußte. Der Beklagte war deshalb dem Kläger verpflichtet, dieses Recht zu beseitigen (vgl. SeuffA. 61 Nr. 198). Der Kläger hat ihn dazu im Briefe v. 27. Juli 1916 aufgefordert, er hat in seinem Schreiben v. 1. August 1916 die Leistung abgelehnt. Dadurch ist er mit der Erfüllung seiner Verpflichtung in Verzug gekommen. Der Kläger kann daher — und zwar mit Rücksicht auf die ernsthafte und bestimmte Ablehnung des Beklagten ohne Bestimmung einer Nachfrist — nach §§ 440 Abs. 1, 326 BGB. vom Beklagten Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (vgl. Sächs. OLG. Ann. 27, 277). Der ihm zu ersetzende Schaden besteht in dem Aufwande, den er für die zugesagten Ausbesserungen auf Grund seiner dem Mieter gegenüber bestehenden eigenen Verpflichtung machen mußte, da der Beklagte das Recht des Mieters nicht beseitigte. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 2. Mai 1917. B. w. A. 2 O. 24/17. F—ch.

---

118. Schutzlosigkeit eines vermieteten Grundstücks gegen ungewöhnliche Hochfluten; ob vertretbarer Mangel?

Vgl. 65 Nr. 139.

BGB. §§ 537. 538.

Nach § 538 BGB. kann der Mieter vom Vermieter Schadenersatz verlangen, wenn die Mietsache beim Abschluß des Mietvertrags mit einem Mangel der im § 537 BGB. bezeichneten Art behaftet ist oder wenn ein solcher Mangel später infolge eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat, entsteht oder wenn der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug kommt.

Der Mangel der Mieträume der Beklagten wird nun darin gesehen, daß sie gegen das vom Fleet eindringende Wasser nicht genügend geschützt sind, und daß das Wasser bei Erreichung einer bestimmten Wasserhöhe, und zwar einer solchen von mehr als 7,52 m über Hamburger Null, in die Kellerräume der Beklagten eindringt und sie überschwemmt. Dieser Zustand der Mieträume hat, wie der beiderseitige Vortrag der Parteien ergibt, vom Abschluß des Mietvertrags an bestanden. Es kommt daher, falls überhaupt ein Mangel der Mieträume als vorhanden anerkannt werden sollte, nur der erste der drei im § 538 BGB. angeführten Haftungsfälle in Betracht. Weder ist der gerügte Mangel später, d. h. nach Abschluß des Vertrags infolge eines Umstandes entstanden, den der Vermieter zu vertreten hat, noch ist der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug gekommen, da nicht behauptet ist, daß die Beklagte den Kläger jemals zur Beseitigung des Mangels aufgefordert habe.

Die Beweisaufnahme hat nun ergeben, daß das Grundstück des Klägers bis auf 7,52 m Höhe über Hamburger Null gegen eindringendes Wasser geschützt ist. Weiter hat die Beweisaufnahme ergeben, daß der Normal-Hochwasserstand in Hamburg 5,10 m beträgt, und daß die Sturmfluten v. 16. Jan. und 16. Febr. 1916 den Normal-Hochwasserstand um 3,0 und 2,9 m, also die auf 7,52 m liegende Brüstungshöhe um 0,67 und 0,68 m überschritten haben. Die Auskunft der Hamburgischen Wasserbau-Direktion v. 9. August 1916 ergibt, daß die beiden Sturmfluten v. 16. Januar und 16. Februar 1916 außergewöhnlich hohe waren, wie sie nur ganz vereinzelt vorkommen, und daß die letzte derartig hohe Flut am 23. Dezember 1894 stattgefunden hat.

Der Kläger meint nun, daß derartige ungewöhnlich hohe Sturmfluten so seltene und für Hamburg unerwartete Naturereignisse seien, daß die wirksame Schützung der in Frage kommenden Grundstücke gegen solche Hochfluten außerhalb der einem Grundeigentümer zuzumutenden Sorgfaltspflichten liege und daher auch von ihm nicht gefordert werden könne. Hierzu ist vorweg zu bemerken, daß an und für sich die Schutzlosigkeit des klägerischen Grundstücks gegen die Einwirkungen derartiger — selbst ungewöhnlicher — Hochfluten einen Mangel darstellt, der die Tauglichkeit der Mietsache zu dem vertragmäßigen Gebrauch mindert (§ 537 BGB.). Denn die bei solchen Sturmfluten in den Kellerräumen eintretenden Überschwemmungen beeinträchtigen den Gebrauch der

Räume und beschädigen die dort lagernden Waren. Aber es ist gleichwohl dem Kläger zuzugeben, daß Fälle möglich sind, in denen derartige Unzulänglichkeiten, welche in normalen Verhältnissen als solche nicht erkennbar sind und welche in ihren schädlichen Wirkungen erst durch das Hinzutreten andrer Einflüsse in die Erscheinung treten, um deswillen von der Verkehrsanschauung nicht als vertretbare Mängel angesehen werden, weil die sie hervorrufenden Ereignisse so selten und so ungewöhnlich sind, daß im Verkehr mit ihrem Eintreten nicht gerechnet wird und daher Vorkehrungen gegen sie im allgemeinen nicht getroffen zu werden pflegen. Für solche Fälle würde die Anschauung gerechtfertigt sein, daß der tatsächlich vorhandene Mangel wegen des ganz ausnahmsweise vorkommenden Auftretens seiner schädigenden Wirkungen als Mangel im Rechtssinne nicht anzusehen sei.

Daß hier ein solcher Fall gegeben sei, kann jedoch dem Kläger nicht zugegeben werden. Bereits am 16. Januar 1916 war Hamburg von einer Sturmflut heimgesucht worden, welche die hier in Frage kommenden Kellerräumlichkeiten unter Wasser gesetzt hatte. Daß diese Sturmflut v. 16. Januar 1916 ein außergewöhnliches Naturereignis war, wie solches mit dieser Heftigkeit seit 22 Jahren in Hamburg nicht vorgekommen war; mag zugegeben werden. Allein auf Grund der Auskunft der Hamburgischen Wasserbaudirektion vom 8. Mai 1917 ist festzustellen, daß im Januar und Februar 1916 anhaltend ganz außergewöhnliche Witterungs- und Wasserverhältnisse geherrscht haben. „Stürmische westliche Winde" — heißt es in der Auskunft — „hielten den Wasserstand der Elbe andauernd hoch, so daß nicht weniger als 14 Sturmfluten vom St. Pauli-Pegel aufgezeichnet wurden. Unter diesen Umständen wäre die Befürchtung des Eintreffens einer abermaligen Hochflut, welche das in Frage kommende Grundstück gefährdete, nicht unbegründet gewesen." Wie die Baupolizeibehörde weiter unter dem 22. Mai 1917 berichtet, haben die Grundeigentümer gefährdeter Grundstücke damals diesem Umstande mehrfach Rechnung getragen und Sicherungsvorkehrungen getroffen. Daß diese Grundeigentümer mit ihren Maßnahmen sämtlich eine ungewöhnliche und nicht zu erwartende Vorsicht bewiesen haben sollten, kann nicht angenommen werden.

Danach ist festzustellen, daß die Schutzlosigkeit des klägerischen Grundstücks gegen die Einwirkungen solcher selbst ungewöhnlicher Sturmfluten unter den obwaltenden Umständen, insbesondere bei der andauernd ungünstigen Wetter- und Sturmlage, nach der Anschauung beteiligter Kreise, die sich durch Sicherungsmaßregeln gegen eine Wiederholungsgefahr geschützt haben, als ein vom Grundeigentümer zu vertretender Mangel anzusehen ist. Kläger muß daher der Beklagten für die Folgen dieses Mangels in dem durch § 538 BGB. festgesetzten Umfange einstehen. — — —

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 7. Mai 1918. C. J. w. L. & Co. Bf. VI. 25/17. Nö.

119. Inwieweit haben Gewerbetreibende ihre Ladentische reinzuhalten?

BGB. §§ 823. 254.

Der Kläger machte die Beklagte haftbar für eine Verletzung, die er am 28. Dezember 1914 in ihrem Verkaufsladen in D. erlitten haben wollte. Er behauptete, sich dort beim Aussuchen von Glasabfällen, die er zu Vogelbadehäuschen benötigt habe, am Mittelfinger der rechten Hand eine Rißwunde zugezogen zu haben, in die Staub, Schmutz oder Abfallstoffe eingedrungen seien, die auf den Glasabfällen gelagert hätten. Die Blutvergiftung habe seine völlige Erwerbsunfähigkeit zur Folge gehabt. Er verlangte eine Jahresrente von 400 ℳ, beginnend am 1. Januar 1915; wurde aber mit der Klage abgewiesen. Seine Berufung blieb erfolglos. Aus den Gründen:

Eine besondere gesetzliche Vorschrift, aus deren Verletzung der Kläger Schadensansprüche gegen die Beklagte herleiten könnte, kommt nicht in Frage. Nach § 120 RGO. sind Gewerbeunternehmer zwar verpflichtet, u. a. die Arbeitsräume und Betriebseinrichtungen so einzurichten und zu unterhalten und den Betrieb so zu regeln, daß die Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit so geschützt sind, wie es die Natur des Betriebes gestattet; insbesondere haben sie für Beseitigung des beim Betrieb entstehenden Staubes und der dabei entstehenden Abfälle Sorge zu tragen. Diese Vorschrift ist aber nur zum Schutze der Arbeiter gegeben; der Kläger, der den Laden der Beklagten nur aufgesucht hat, um dort etwas zu kaufen, kann sich nicht auf sie berufen.

Als allgemeiner Grundsatz ist von der Rechtsprechung anerkannt, daß, wer auf ihm gehörigen oder seiner Verfügung unterstehenden Grund und Boden einen Verkehr mehr oder weniger allgemeiner Art eröffnet hat, für die Verkehrssicherheit zu sorgen hat. Dies gilt insbesondere für Kaufleute, die einen solchen Verkehr für ihre besonderen Geschäftszwecke geschaffen haben und deshalb für die Verkehrssicherheit der der Allgemeinheit zugänglichen Räumlichkeiten einzustehen haben (Komm. v. RGRäten² § 823 Anm. 6a und c). — — — Die Verpflichtung für die Verkehrssicherheit zu sorgen, schließt aber nicht die Verpflichtung in sich, jede Gefahr auszuschließen. Der Handel mit Glasabfällen bringt für den, der damit zu tun hat, die Gefahr mit sich, daß er sich dabei verletzt. Dies beruht auf der dem Glas eigentümlichen Sprödigkeit und darauf, daß sich an seinen Schnittflächen scharfe Kanten bilden. Wird Glas oder werden Glasabfälle, wie es verkehrsüblich ist, in Räumen offen gelagert, so sind sie der Verstaubung und Beschmutzung ausgesetzt. Es würde eine Überspannung der an die Verkehrssicherungspflicht zu stellenden Anforderungen sein, wollte man von einem mit Glas handelnden Gewerbetreibenden verlangen, daß er besondere Vorkehrungen gegen eine Verletzung für den trifft, der mit der bloßen Hand das Glas berührt. Selbst wenn der Kläger sich daher beim Durchsuchen der Glasabfälle an der Hand blutig verletzt haben sollte und selbst wenn dabei Staub oder Schmutz in die Wunden eingedrungen sein und eine Blutvergiftung herbeigeführt haben sollte, so würde er die Beklagte dafür nicht verantwortlich

machen können, weil ihr nach der Verkehrsauffassung nicht angesonnen werden kann, daß sie hiergegen Schutzmaßregeln treffe.

Der Kläger behauptet nun zwar, die Beklagte treffe ein besonderes Verschulden, insofern sie es unterlassen habe, die Glasabfälle überhaupt zu reinigen. Darauf sei es zurückzuführen, daß die Abfälle am 28. Dez. 1914 in außergewöhnlich starkem Umfange mit Staub, Schmutz oder Abfällen behaftet gewesen seien. In dieser Beziehung fehlt es jedoch zunächst an jedem tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, in welchem Maße die Glasabfälle an dem Tage beschmutzt gewesen sind. Die eigenen Angaben des Klägers hierzu sind zu allgemein und lassen sich auch nicht nachprüfen. Der Zeuge E. aber hat hierzu folgendes angegeben: Die Glasabfälle, die unter der Ladentafel nebeneinander hingestellt worden seien, seien an ihrem Standorte nicht gereinigt worden; es habe sich deshalb auf ihnen gewöhnlich eine Lagerstaubschicht befunden, sie sei aber niemals sehr dick gewesen; die einzelnen Abfallstücke hätten an ihrem Standorte meistens nicht länger als 14 Tage gestanden. — — — Da hiernach die unter der Ladentafel immer nur kurze Zeit aufgestapelten Glasabfälle nicht in großem Umfange der Beschmutzung ausgesetzt waren, ihre Reinigung aber immer nur unter der Gefahr einer Verletzung für den damit Beauftragten vorgenommen werden konnte, so kann in dem Unterlassen der Säuberung eine schuldhafte Verletzung der Verkehrspflichten nicht gefunden werden. Nur diese würde aber eine Haftpflicht der Beklagten zu begründen vermögen.

Der Kläger ist übrigens nach seinen eigenen Angaben von Beruf Klempner und hat sich schon seit Jahren ausschließlich mit der Herstellung von Vogelbadehäuschen aus Zinkblech beschäftigt, die an den Seiten mit Glasscheiben versehen wurden. Er kannte hiernach aus Erfahrung die Gefahren einer Verletzung, welche eine Beschäftigung mit Glasabfällen mit sich bringt. Es ist ferner jedem erwachsenen Menschen bekannt, daß eine Verunreinigung einer Wunde mit Schmutz, Staub oder unreinen Abfällen zu einer Blutvergiftung führen kann. Deshalb hat dies auch der Kläger gewußt, als er am 28. Dezember 1914 den Laden der Beklagten betrat. Obwohl er nun da mit eigenen Augen sah, daß die Glasabfälle, wie er es jetzt darstellt, beschmutzt waren, hat er sie selbst mit den Händen berührt, um sich mit Genehmigung des Zeugen E., der von der Beklagten als ihr Verkäufer angestellt war, für seine Zwecke geeignete Stücke zum Kauf auszuwählen. Damit hat er im Einverständnis mit einem hierzu ermächtigten Vertreter der Beklagten stillschweigend zu erkennen gegeben, daß eine Haftung der Beklagten vertraglich ausgeschlossen sein solle, die sich für sie etwa daraus ergeben sollte, daß sie für eine gehörige Reinigung der Glasabfälle schuldhafterweise nicht gesorgt hatte (vgl. Warneyer Jahrb. 1910, 460).

Selbst wenn man aber ein Verschulden der Beklagten bejahen und auch verneinen wollte, daß der Kläger auf eigene Gefahr gehandelt habe, so fehlt es immer noch an dem Nachweise des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem schuldhaften Verhalten der Beklagten und der Schädigung, die der Kläger

erlitten haben will. Weil in einem offenen Raume gelagerte Gegenstände jederzeit dem Staub ausgesetzt sind, müßte im vorliegenden Fall der Kläger beweisen, daß gerade die im Übermaß auf den Glasabfällen lagernden Staub- oder Schmutzteile die Ursache seiner Blutvergiftung gewesen seien, diese also nicht eingetreten sein würde, wenn sich darauf nur soviel Staub befunden hätte, wie bei einer regelmäßigen Säuberung unvermeidbar gewesen sein würde. Es lehrt die Erfahrung der Wissenschaft, ist also gerichtskundig, daß es mikroskopisch kleine Lebewesen sind, die durch die Verunreinigung des Blutes eine Blutvergiftung hervorrufen. Die größere oder geringere Beschmutzung eines Gegenstandes ist also für die Feststellung ohne Bedeutung, ob sich jemand bei seiner Berührung eine Blutvergiftung zugezogen hat.

Diese Feststellung kann im vorliegenden Fall auch noch aus einem anderen Grunde nicht getroffen werden. Der Kläger hat auch nicht den Nachweis erbracht, daß an den Glasabfällen haftende Stoffe es gewesen seien, die bei seinem Hantieren damit in seine Wunde eingedrungen seien. Eine Schnitt- oder Rißwunde an der offenen Hand ist aber bei jeder Berührung irgendeines Gegenstandes der Gefahr einer Verunreinigung ausgesetzt. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 15. Mai 1917. De. w. K. & Co. 7 O. 39/17. F—ch.

---

120. Übergang des Eigentums; die Einigung kann der Übergabe vorausgehen.

Vgl. 60 Nr. 123 m. N.
BGB. § 929.

Der verklagte Konk.-Verwalter hatte ein in der Nachlaßmasse des Sch. vorgefundenes Untergestell eines Kraftwagens trotz Widerspruchs des Klägers verkauft und dafür mindestens 4000 ℳ erzielt. Der Kläger behauptete, daß das Gestell ihm gehört habe. Er wollte es in einem Vertrage v. 5. März 1913 von dem verstorbenen Sch. und seinem Schwager D. zu Eigentum übertragen erhalten haben, und zwar zur Sicherung für ein verzinsliches Darlehn von 5000 ℳ, das er den beiden zum Erwerbe des Gestells gegeben habe. Für sein Eigentum berief er sich außerdem darauf, daß der Ingenieur Z., der Leipziger Vertreter der Audiwerke in Z., von denen das Gestell geliefert worden ist, es ihm nach Bezahlung der 5000 ℳ als sein Eigentum bezeichnet und daß dem der verstorbene Sch. zugestimmt habe. Auch darauf stützte er sich, daß Sch. und D. einige Tage darnach bei Abholung des Gestells es für ihn in Empfang genommen hätten. Da der Beklagte nach dem Verkauf nicht mehr imstande war, es ihm herauszugeben, machte der Kläger ihn für seinen Schaden haftbar. Unter Berücksichtigung der Rückzahlungen auf das Darlehn und der aufgelaufenen Zinsen berechnete er diesen Schaden für den 30. Sept. 1916 auf 3336 ℳ. — In 2. Instanz wurde der Beklagte verurteilt mit folgender Begründung:

„Nach dem Wortlaut des Vertrags v. 5. März 1913 haben der verstorbene Sch. und D. dem Kläger das Kraftwagengestell übereignet. Sie waren aber damals noch nicht in seinem Besitze, sollten nach ihrem mit den Audiwerken abgeschlossenen Vertrag es vielmehr erst dann erhalten, wenn sie es vollbezahlt hatten. Der Kläger hat also damals noch nicht die tatsächliche Gewalt darüber eingeräumt erhalten und hat mithin damals nicht durch Übergabe das Eigentum erworben (§ 929 BGB.). Ob aber die in dem Vertrag ausgesprochene Übereignung aufgefaßt werden kann als Abtretung des Herausgabeanspruchs, der Sch. und D. noch nicht unbedingt zustand, und ob hierdurch, obwohl sie die Eigentümer des Gestells noch nicht waren, die zum Eigentumsübergang erforderliche Übergabe nach § 931 BGB. rechtswirksam ersetzt worden ist, bedarf für das Urteil nicht der Entscheidung. Auch auf die Frage braucht nicht eingegangen zu werden, welche rechtliche Bedeutung den Worten zukommt, die der Vertreter der Audiwerke in Gegenwart des Klägers und Sch. gebraucht hat, als das Gestell noch im Besitze dieser Firma war. Denn Sch. und D. haben das Gestell alsbald tatsächlich übergeben erhalten. Da sie vorher eben in dem Vertrage v. 5. März 1913 erklärt hatten, es dem Kläger übereignen zu wollen, sie also verpflichtet waren, ihm daran das Eigentum zu verschaffen, so muß angenommen werden, daß sie bei dieser späteren Inempfangnahme die Absicht hatten, es für ihn zu erwerben. Sie haben zwar dem Vertreter der Audiwerke, A., der ihnen das Gestell übergeben hat, wie dieser ausgesagt hat, davon nichts erwähnt, daß sie es im Auftrage des Klägers abholten. Weil aber bei der Übertragung beweglicher Sachen der Veräußerer in der Regel kein Gewicht darauf legt, wer nunmehr der Eigentümer wird, so ist die Übergabe hier in dem Sinne zu verstehen, daß Eigentümer der werden solle, für den Sch. und D. es erwerben wollten (Komm. von RGRäten[2] § 929 Anm. 3).

Ist aber der Kläger auf jeden Fall hierdurch der Eigentümer des Gestells geworden, so ist auf seine Kosten die vom Beklagten verwaltete Konk.-Masse durch den Verkauf ohne rechtlichen Grund bereichert worden (§ 812 Abs. 1, Satz 1 BGB.). Da er das Gestell zur Sicherung seiner Darlehnsansprüche übereignet erhalten hat, so deckt sich der ihm deshalb an die Masse (§ 59 Nr. 3 KO.) zustehende Anspruch mit dem Betrage seiner Darlehnsforderung. Als Schadenersatzanspruch nämlich, wie der Kläger es will, läßt sich die Klage nicht halten. Schadenersatzpflichtig würde ihm der Konk.-Verwalter nur dann sein, wenn er während des Rechtsstreits das Gestell verkauft hätte (§ 989 BGB.). Daß sich dieser bei dem Verkauf nicht in gutem Glauben befunden habe, behauptet der Kläger selbst nicht (§ 990 Abs. 1 BGB.). Daß sich der verstorbene Sch., da er selbst das Gestell dem Kläger übereignet hatte, bei einem anderweitigen Verkauf nicht auf seinen guten Glauben würde haben berufen können, ist hierbei ohne Bedeutung; denn der Verkauf ist nicht durch ihn erfolgt, sondern durch den für seinen Nachlaß bestellten Verwalter (§ 161 Abs. 1 BGB.; Jaeger KO. § 6 Anm. 49). Einen Verzugsschaden aber macht der Kläger nicht geltend

(§ 990 Abs. 2 BGB.). Von einer Zurückverweisung der Sache konnte abgesehen werden, da der Beklagte gegen die Höhe der Forderung nichts eingewendet hat, der Anspruch mithin nur als dem Grunde nach bestritten angesehen werden kann. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 13. Nov. 1917. L. w. Sch. Nachl.-Konk. 7 O. 123/17. F—ch.

---

121. Eigentum an einem Briefmarkenalbum und an nachträglich eingefügten Briefmarken.

Vgl. 66 Nr. 52.

BGB. §§ 929. 947 Abs. 2; 97 ff.

Im Nachlaß des verstorbenen Bruders des Klägers war in einem ihm vom gemeinschaftlichen Vater leihweise zur Verfügung gestellten Schreibtisch ein Briefmarkenalbum gefunden worden, das von dem Verwalter über den Nachlaß des Bruders veräußert wurde. Der Kläger forderte von dem Nachlaßverwalter die Herauszahlung des Erlöses mit der Begründung, daß das Album ihm gehört habe, da es ihm von einem verstorbenen Paten geschenkt worden sei. — Er drang damit in beiden Instanzen durch. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Mit Recht erachtet das Landgericht als voll bewiesen, daß die fragliche Briefmarkensammlung Eigentum des Klägers gewesen ist. Wenn sich aus allem, was die Zeugin im Lauf der Jahre über die Schenkung der Sammlung, über den Zweck dieser Schenkung, über die Aufbewahrung des Albums für den Kläger gehört hat, in ihr die Überzeugung gebildet hat, die Briefmarkensammlung gehöre dem Kläger, so steht diese Überzeugung mit den Tatsachen im Einklang und vermag dem Gericht ebenso den vollen Beweis von dem Eigentum des Klägers an der Sammlung zu erbringen. Auch das wird durch die Zeugin voll bewiesen, daß das Album lediglich deshalb an den Erblasser gelangt ist, weil es in dem ihm von seinem Vater geliehenen Schreibtisch sich befand, daß aber der Vater nicht das Eigentum daran auf den Erblasser übertragen wollte.

Demgegenüber kann sich der Beklagte nicht auf § 1006 BGB. berufen. Denn da der Kläger sein Eigentum bewiesen und den Beweis erbracht hat, daß der Erblasser den Besitz nicht in einer das Eigentum begründenden Art erworben hat, so ist die gesetzliche Vermutung widerlegt, und wenn nunmehr der Beklagte Eigentumserwerb auf Grund Ersitzung behauptet, so ist er beweispflichtig. Den Beweis für die Ersitzung hat er nicht erbracht. — — —

Der Kläger kann den vollen, durch den Verkauf der Briefmarkensammlung erzielten Erlös verlangen, mag sich auch der Bestand der Sammlung durch Vertauschen und Hinzufügen einzelner Marken seitens der Brüder Otto und Friedrich B. im Laufe der Jahre verändert haben. Denn eine Briefmarkensammlung ist als körperliche Gesamtsache ein einheitliches Ganzes, an dem selbständig und unabhängig von dem Wechsel der sie bildenden Einzelsachen Rechte begründet

werden können. Die Sachinbegriffe wurden schon nach gemeinem Recht dann als selbständige Sachen angesehen, wenn sie nach der Verkehrsanschauung einen von der Individualität unabhängigen Bestand haben (Fr. 1 § 3 de rei vind. 6, 1; Regelsberger Pand. 370. 373). Das trifft, wie auf die Herde und die Bibliothek, auch auf eine Münz- oder Briefmarkensammlung zu. Das Bürgerl. Gesetzbuch hat hieran nichts geändert; es behandelt den Sachinbegriff als etwas Feststehendes und setzt in § 1035 BGB. auch voraus, daß dingliche Rechte an ihm bestehen können. Dem Kläger stand also das Eigentum an der Briefmarkensammlung als solcher, nicht an dem Album und den einzelnen Marken, zu und das Wesen dieser Sammlung wurde nicht dadurch verändert und sein Eigentum daran nicht dadurch beeinträchtigt, daß seine Brüder Marken daraus entnahmen und durch andere ersetzten.



Hölder Allg. Teil des BGB. 206; Cesack B. R.[6] 1, 113 § 42 IV 2; Gierke Deutsch. Privatr. 2, 53.

Und da das die einzelnen Marken enthaltende Album als die Hauptsache anzusehen ist, so erlangte der Kläger an den mit hinzugekommenen Briefmarken auch dann Eigentum, wenn sie etwa seinen Brüdern gehörten (§ 947 Abs. 2 BGB.). — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 13. Juli 1917. B. w. B.s Nachlaß. 7 O. 41/17. F—ch.

---

122. Kein Anrecht der getrennt lebenden Ehefrau auf Sicherstellung ihrer Unterhaltsrente. — Die Aufhebung der Verfügungsbeschränkung der Ehefrau ist im Grundbuch nicht eintragbar.

BGB. § 1361. 1580. 883. — BGB. 1375. 1395. 1435; GBO. §§ 13 ff.

1. Insofern die Antragstellerin, die von ihrem Mann getrennt lebt, ohne daß die Ehe geschieden wäre, in Kraft einstweiliger Verfügung anzuordnen bittet, daß auf den näher bezeichneten drei Grundstücken des Mannes eine Hypothek zum Höchstbetrage von 12500 ℳ zur Sicherung ihres Unterhalts von angemessen 40 ℳ monatlich sowie der Kosten eingetragen werde, fehlt es an dem Recht der Getrenntlebenden auf Sicherstellung, das der einstweil. Verfügung nach § 940 ZPO. zur Grundlage dienen oder nach § 935 ZPO. gesichert werden könnte. Indem vielmehr das Bürgerl. Gesetzbuch in § 1580 dem unterhaltsberechtigten Gatten im Fall der Scheidung der Ehe nach Lage des Einzelfalls einen Anspruch auf Sicherheitsleistung zuerkennt, dagegen in § 1361 die Unterhaltspflicht nur tatsächlich getrennt lebender Gatten selbständig regelt und an dieser Stelle keine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung vorsieht, so läßt sich keine solche Pflicht für den letzteren Fall annehmen, insbesondere ermangeln die Voraussetzungen für eine entsprechende (analoge) Anwendung des § 1580. Steht aber der Ehefrau kein Anspruch auf Einräumung einer



Sicherungshypothek zu, so kann auch nicht im Wege der einstweil. Verfügung die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung eines Rechts auf Eintragung einer Sicherungshypothek angeordnet werden (BGB. § [illegible]3). Ob Arrest zulässig sein würde (§§ 917, 932 ZPO.), ist gegenwärtig nicht zu prüfen.

2. Aus der Vergleichsabrede v. 11. April 1916, daß die auf dem Grundstück des Mannes hypothekarisch sichergestellte Einbringeforderung der Antragstellerin bei Veräußerung des Grundstücks fällig und unmittelbar an die Antragstellerin zahlbar sein solle, bittet diese noch in Kraft einstweiliger Verfügung eine dahingehende Berichtigung des Hypothekeneintrags anzuordnen. Diese einstweilige Verfügung ist aber gleichfalls zu versagen.

Mit der Verlautbarung im Grundbuch, daß die Hyp.-Forderung von 2400 *M* unmittelbar an die Ehefrau zahlbar sei, soll der Sache nach auf dem Grundbuchblatt eingeschrieben werden, daß die Frau von der Beschränkung in § 1395 BGB. befreit sei, wonach sie zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes bedarf. Wie aber die aus dem gesetzlichen Güterrecht hervorgehende Beschränkung der Ehefrau kraft des Gesetzes eintritt, gegen Dritte, auch wenn sie von der Ehe keine Kenntnis haben, wirkt (BGB. § 1404) und danach der Aufnahme in das Grundbuch nicht fähig ist, so kann auch die vertragmäßige Aufhebung jener Beschränkung der Ehefrau in das Grundbuch nicht eingetragen werden; gibt doch über den Umfang des Verfügungsrechts von Ehefrauen bestimmungsgemäß das Güterstandsregister und nur dieses Auskunft (§ 1435 BGB.; OLGRspr. 5, S. 190. 191; Güthe GO.³ Vorbem. 68 vor § 14).

Ob als beantragt gelten kann, die einstweil. Verfügung unter Einschränkung auf die Fälligkeitsberedung zu erlassen, ist nicht unzweifelhaft, kann aber dahingestellt bleiben. Denn die Antragstellerin hat nicht geltend machen können, daß sie den Ehemann zur Abgabe der dem Vergleich entsprechenden Eintragungsbewilligung aufgefordert, der Mann aber solche verweigert habe. . . . Danach und weil der Ehemann die Hypothekenforderung ohne Mitwirkung der Antragstellerin nicht einzuheben vermag (§§ 1375 ff. BGB.), fehlt es an der Darlegung und Glaubhaftmachung, daß die einstweil. Verfügung sich nötig mache.

Beschluß des OLG. zu Dresden (6. Sen.) v. 23. März 1918. 6a Reg. 48/18.
Ch.

---

123. Anspruch auf Herausgabe des eingebrachten Gutes nach der Scheidung; Einwilligung der Frau in den Verbrauch?

BGB. § 1421.

Nach rechtskräftiger Scheidung beantragte die Klägerin u. a. die Löschung einer mit ihrer Zustimmung auf einem ihr gehörigen Grundstücksanteil eingetragenen Hypothek für ein vom Beklagten in ihrem Namen aufgenommenes Darlehn von 15000 *M* oder Zahlung von 15000 *M*. In beiden Instanzen

wurde der Beklagte nach dem zweiten Antrage verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Klage ist sowohl auf die Vorschriften des für die frühere Ehe der Parteien maßgebenden gesetzlichen ehelichen Güterrechts als auf Darlehnsvertrag gestützt. Der letzte Klagegrund kann außer Betracht bleiben, da der erste mit dem Landgericht als gerechtfertigt zu erachten ist. Mit zutreffender Begründung spricht das Landgericht dem an erster Stelle erhobenen Anspruch auf Beseitigung der aufgenommenen Hypothek die Berechtigung ab. Die Klägerin hat im jetzigen Rechtszuge dagegen nichts vorgebracht. Das Ber.-Gericht tritt auch der Entscheidung hinsichtlich des hülfsweise geltend gemachten Anspruchs auf Rückgewähr eines Teils des zum eingebrachten Gut der Klägerin gehörigen Vermögens (§ 1421 BGB.) bei. Der Beklagte vermißt zu Unrecht den schlüssigen Beweis dieses Anspruchs.

Nach den übereinstimmenden Parteibehauptungen besaß die Klägerin zur Zeit der Eheschließung neben anderem Vermögen einen Anteil an dem Grundstück Bl. 14 des Grdb. B für D. Dieser Grundstücksanteil wurde mit der Eheschließung kraft Gesetzes eingebrachtes Gut der Klägerin und war vom Beklagten ordnunggemäß zu verwalten (§ 1363. 1374 BGB.). Die Summe von 15000 ℳ, die durch die hypothekarische Belastung dieses Grundstücksanteils von dritter Seite erlangt wurde, war gleichfalls eingebrachtes Gut und gelangte unstreitig in den Besitz des Beklagten. Dieser unstreitige Sachverhalt reicht zur Begründung des hülfsweise erhobenen Rückgewähranspruchs aus. Mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils erwuchs der Klägerin nach § 1421 BGB. der Anspruch auf Herausgabe dieses in den Besitz des Beklagten gekommenen eingebrachten Gutes. Der Beklagte hatte zu beweisen, daß und inwieweit das eingebrachte Gut untergegangen oder verbraucht sei, und daß ihn kein Verschulden treffe (§ 1359. BGB.).

Die Behauptungen der Parteien gehen über den Zweck der Hingabe der erlangten Hypothekensumme an den Beklagten auseinander. Welches Parteivorbringen richtig ist, kann dahingestellt bleiben. Ob die Geldsumme dem Beklagten als Betriebskapital für seinen Anwaltsberuf oder zur Begründung und Einrichtung des Anwaltsbüros und zur Bestreitung des Lebensunterhalts der Familie hingegeben worden ist, macht an sich keinen Unterschied. Die wirtschaftliche Zweckbestimmung der hingegebenen Summe ist für die rechtliche Beurteilung der Hingabe nicht ausschlaggebend. Sowohl von der Darstellung der Klägerin als von der des Beklagten aus handelt sich's im Grunde genommen um den beim gesetzlichen Güterstand nicht seltenen Fall, daß der Mann zum eingebrachten Gute der Frau gehörige Gelder, von denen er Besitz genommen hatte, mit Zustimmung der Frau verbraucht haben will. Dem Beklagten lag der Beweis ob, daß die ihm übergebenen Gelder verbraucht seien, und inwiefern er von der regelmäßigen Verpflichtung zur Rückgewähr befreit sein soll. Die Darstellung des Beklagten läßt eine schlüssige Darlegung einer Befreiung von

der Rückgewährpflicht vermissen. Zuzugeben ist, daß in der Zustimmung der Frau zum Verbrauch eines Teils ihres Stammvermögens für Zwecke des ehelichen Aufwandes unter Umständen ein stillschweigender Verzicht auf Rückgabe des verbrauchten Vermögens liegen kann. In einem solchen Fall scheidet durch den von der Frau genehmigten Verbrauch dieses Vermögen mit ihrer Zustimmung aus dem eingebrachten Gute aus und geht unter, und der Mann ist dann des Beweises, daß ihn hieran kein Verschulden treffe, von selbst enthoben. Das Ber.-Gericht trägt indes Bedenken, im vorliegenden Fall einen dahingehenden Willen der Parteien — sei es von der Darstellung der Klägerin, sei es von der des Beklagten aus — anzunehmen. Die Klägerin mag sich bei der Eheschließung und der alsbald darauf bewirkten Hingabe der 15000 *M* an den Beklagten bewußt gewesen sein, daß der Beklagte zur Einrichtung des Anwaltsbüros und in der ersten Zeit der Ehe zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes nicht genügend eigne Geldmittel besitze. Darauf deutet hin, daß dem Ehegatten für die erste Zeit eine nicht unerhebliche Summe zur Verfügung gestellt worden war. Anderseits ist aber der Klägerin nicht widerlegt, daß sie geglaubt hat, diese Summe sowie die Nutzungen ihres sonstigen eingebrachten Gutes und die zu erwartenden Einnahmen aus der Anwaltstätigkeit würden mindestens einen sehr erheblichen Teil des ehelichen Aufwandes decken, und dem Beklagten werde es bald gelingen, die Einnahmen aus der Anwaltstätigkeit erheblich zu steigern. Sie ist nach der Überzeugung des Ber.-Gerichts davon ausgegangen, der Beklagte werde garnicht gezwungen sein, ihre Zustimmung zum Verbrauch eines Teils ihres Stammvermögens erheblich auszunutzen, und er werde, soweit er dennoch dazu genötigt werde, jedenfalls in absehbarer Zeit den verbrauchten Teil ihres Stammvermögens dem eingebrachten Gute wieder zuführen können und zuführen. Dieser Standpunkt gründet sich auf die natürliche Empfindung der jungen Frau, die dem Manne Vertrauen entgegenbringt. Dem entspricht die natürliche Empfindung des jungen Mannes, der einen Verzicht der Frau auf Rückerstattung des verbrauchten Stammvermögens, unter den Umständen, wie sie hier vorliegen, weder verlangen noch erwarten wird. Der Mann wird sich der ihm kraft Gesetzes obliegenden Verpflichtung, den ehelichen Aufwand zu tragen (§ 1389 Abs. 1 BGB.) und der Frau Unterhalt zu gewähren (§ 1360), regelmäßig bewußt bleiben, wenn auch die Frau dem Verbrauch von Stammvermögen zustimmt, und die Frau will dadurch, daß sie eine solche Zustimmung gibt, noch nicht ohne weiteres den Willen kundtun, mit dem zur Verfügung gestellten Stammvermögen dem Manne Unterhalt zu gewähren oder Beiträge zum ehelichen Aufwand mit der Absicht zu leisten, auf Rückgabe des verbrauchten Guts zu verzichten. Hiervon ist nach den Umständen des vorliegenden Falls auszugehen, zumal da die Ergebnisse der landgerichtlichen Beweisaufnahme dem nicht entgegenstehen, und der Beklagte zwingende tatsächliche Anhaltspunkte für einen derartigen Verzicht der Frau nicht dargetan hat.

Den gegenteiligen Ausführungen des Beklagten ist nicht beizupflichten. Hier handelt es sich nicht um regelmäßige Zuschüsse zum Einkommen des Mannes, die ihm die Bestreitung des ehelichen Aufwands erleichtern sollen, sondern um die einmalige Hingabe eines beträchtlichen Teiles des Stammvermögens. In einem solchen Falle ist eine Willenseinigung der Ehegatten dahin, daß dieses Vermögen nicht zurückerstattet zu werden brauche, nicht zu vermuten. Der Beklagte behauptet selbst, daß sich die Klägerin mit dem Verbrauche von Stammvermögen nur auf solange, bis er selbst ausreichende Geldmittel zur Verfügung haben werde, einverstanden erklärt habe. Wenn die Klägerin stillschweigend auf Rückerstattung des verbrauchten Vermögensteils hätte verzichten wollen, so hätte eine Vereinbarung, in welcher Höhe sich der Verbrauch bewegen solle, nahegelegen; denn es ist unwahrscheinlich, daß die Klägerin die Bestimmung des Verbrauchs der Willkür des Beklagten hätte überlassen wollen. Eine derartige Vereinbarung hat aber der Beklagte nicht behauptet. Nimmt man an, die Klägerin habe darauf vertraut, daß der Beklagte nur einen angemessenen jährlichen Zuschuß zum ehelichen Aufwand dem zur Verfügung gestellten Stammvermögen entnehmen werde, so ist damit nichts zu Gunsten des Beklagten gewonnen. Seine eigene Darstellung über die Entwicklung seiner Berufverhältnisse in den ersten Jahren der Ehe bis 1907 spricht eher für den oben hervorgehobenen Standpunkt der Klägerin. — — — Ihm stand nach seiner eigenen Darlegung ein für die damaligen Zeitverhältnisse und für die wahren Verhältnisse der Parteien nicht unbeträchtlicher und bei vernünftiger Lebenshaltung ausreichender Betrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zur Verfügung. Dieser Sachverlauf beweist, daß die Klägerin darauf vertrauen konnte, der Beklagte werde in der Lage und willens sein, den etwa verbrauchten Teil ihres Stammvermögens ihrem eingebrachten Gute wieder hinzuzufügen. — — —

Der Beklagte kann ferner durch den Beweis, daß die Klägerin die über das sonst angemessene Maß hinaus bewirkte Steigerung des ehelichen Aufwands verschuldet oder mitverschuldet habe, die Pflicht zur Rückerstattung des verbrauchten eingebrachten Gutes nicht von sich abwenden. Art und Maß des ehelichen Aufwandes zu bestimmen, ist Sache des Mannes; denn der eheliche Aufwand gehört zu den das gemeinschaftliche Leben der Ehegatten betreffenden Angelegenheiten, in denen die Entscheidung dem Manne zusteht (§ 1364 BGB.). Aus der Sachdarstellung des Beklagten ergibt sich, daß er sich den etwaigen Wünschen der Frau nach einer Steigerung der Bedürfnisse anbequemt und selbst zugestimmt hat. Diese Nachgiebigkeit wäre nichts andres als eine von der Klägerin angeregte Entscheidung des Beklagten i. S. von § 1354 BGB. Die Klägerin hätte mit dieser ihrer Anregung noch nicht den Willen kundgeben, für die von ihr angeregte Steigerung des Lebensbedarfs selbst aus eigenen Mitteln aufzukommen. Es wäre nicht ausgeschlossen, daß sie sich der Notwendigkeit des Rückgriffs auf ihr Stammvermögen zu der Deckung der gesteigerten

Bedürfnisse überhaupt nicht bewußt gewesen wäre. In dieser Richtung Klarheit zu gewinnen, war der Beklagte viel eher imstande. Es hätte ihm obgelegen, auf Einschränkung des angeblich durch die Klägerin gesteigerten ehelichen Aufwands kraft seines Bestimmungsrechts i. S. von § 1354 zu dringen, wenn er die Vertretung dieses erhöhten Aufwands von sich hätte abwälzen wollen.

Hat hiernach der Beklagte den Teil des Stammvermögens der Klägerin, der bis 1907 zur Bestreitung des ehelichen Aufwands verbraucht worden sein soll, zurückzuerstatten, so gilt dies erst recht für die Beträge von zusammen 3500 ℳ, die er für Zwecke seines Anwaltsberufs mit Zustimmung der Klägerin verbraucht haben will. Diese Mittel hätten zur Begründung und Erhaltung seiner Berufstätigkeit gedient, die ihn in den Stand setzen sollte, seiner Verpflichtung, den ehelichen Aufwand zu tragen, und seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Familie nachzukommen. Das Einverständnis der Frau mit einer derartigen Verwendung ihres eingebrachten Gutes enthält keinen Verzicht auf Rückgabe des verwendeten Gutes (s. Komm. von RGRäten. Erläuterung 5 zu § 1377 BGB.). — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 11. Juni 1917. S. Th. w. Th. — 2 O. 136/16. F—ch.

---

124. Gesellschaft m. b. H.; Haftung der Gesellschafter für Fehlbeträge der Stammeinlagen, auch bei Kapitalerhöhungen.

GmbHG. §§ 24. 55.

Der Beklagte war der — später in Konkurs geratenen — Gesellschaft Chemische Fabrik m. b. H. am 4. Juli 1912 beigetreten, indem er den Geschäftsanteil eines der Gründer der Gesellschaft, des Kaufmanns R. in Dresden, übernommen hatte. Mit der auf Zahlung von 1727,33 ℳ nebst Zinsen seit dem 2. Februar 1917 gerichteten Klage nahm der Konk.-Verwalter den Beklagten nach Verhältnis seiner Stammeinlage wegen zweier Rückstände in Anspruch, die von dem Mitgründer H. mit 10000 ℳ und von dem Gesellschafter Sch., der erst nach der Gründung, aber vor dem Beitritt des Beklagten, Mitglied der Gesellschaft geworden war, mit 3918,62 ℳ auf ihre Stammteile noch geschuldet wurden und von ihnen nicht beigetrieben werden konnten. — Das Landgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 448,43 ℳ nebst Zinsen und wies im übrigen die Klage ab. Das Oberlandesgericht erhöhte den Betrag der Verurteilung auf 624,15 ℳ mit Zinsen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es handelt sich nur noch um die Frage, in welchem Umfange der Beklagte für den Fehlbetrag von 13918,62 ℳ aufzukommen habe, der zum Teil von der Einlage des Gründers H., zum Teil von der Einlage des erst nach der Gründung gelegentlich der Erhöhung des ursprünglichen Stammkapitals beigetretenen Gesellschafters Sch. herrührt, wobei noch in Betracht kommt, daß der Beklagte

als Erwerber des Geschäftsanteils eines Gründers, aber erst nach dem Beitritt des säumigen Gesellschafters Sch., Mitglied der Gesellschaft geworden ist. Aus dieser Sachlage ergeben sich zwei Fragen:

1. Haftet der Beklagte außer für den Ausfall des Geschäftsanteils H.s — für den mit aufzukommen er sich nicht mehr sträubt — auch für den Ausfall des Sch.schen Anteils?

2. Haften neben dem Beklagten für den Ausfall alle Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile oder haften für den H.schen Ausfall nur die Gründer und deren Rechtsnachfolger und für den Sch.schen Ausfall nur diejenigen Gesellschafter, die nach diesem der Gesellschaft beigetreten sind?

Das Landgericht hat die erste Frage verneint, die zweite in dem Sinne beantwortet, daß für den Ausfall der Stammeinlage H.s alle Gesellschafter, nicht nur die Gründer und der Beklagte als Erwerber eines Gründeranteils, einzustehen haben. Der Kläger erstrebt eine Änderung des Urteils in doppelter Beziehung, er will, daß der Beklagte auch zur Deckung des Sch.schen Fehlbetrags heranzuziehen sei, daß aber der H.sche Fehlbetrag nur auf die Gründer und Erwerber von Gründeranteilen umgelegt werden solle. Seine Berufung konnte indessen nur in erster Hinsicht Erfolg haben.

Die Frage, ob die der Gesellschaft m. b. H. bereits angehörenden Gesellschafter auch für Fehlbeträge späterer Kapitalerhöhung haften, und die umgekehrte Frage, ob bei Kapitalerhöhung die Übernehmer der neuen Stammeinlage auch für Fehlbeträge des schon vorhandenen Stammkapitals, sei es des bei der Gründung festgesetzten oder des bereits erhöhten Stammkapitals haften, sind in Rechtsprechung und Rechtslehre streitig. Eine Gegenüberstellung der verschiedenen Meinungen gibt das Reichsgericht in dem in RGEntsch. 82, 116ff. abgedruckten Urteil, wobei es darauf hinweist, daß ein Unterschied bei der Beantwortung der beiden Fragen, soweit sie zusammen erörtert werden, nirgends gemacht werde. Zur Entscheidung stand dort nur die zweite Frage, und sie ist vom Reichsgericht auf Grund von eingehenden Erwägungen bejaht worden, denen sich das Ber.-Gericht allenthalben anschließt. Sie kommen für die gegenwärtige Streitsache insoweit in Betracht, als darnach die Frage zu beurteilen ist, ob das Landgericht mit Recht die Verurteilung zur Deckung des Ausfalls zu Gunsten des Beklagten auf alle zahlungsfähigen Gesellschafter vorgenommen hat. Mit der Bejahung dieser Frage erledigt sich der zweite Ber.-Angriff des Klägers, der sich gegen diese Verteilung richtet.

Wenn nun das Reichsgericht zu der anderen Frage, ob ein der Gesellschaft bereits angehörender Gesellschafter auch für Fehlbeträge späterer Kapitalerhöhungen hafte, nicht ausdrücklich Stellung genommen hat, so müssen doch die von ihm angestellten Erwägungen mit Sicherheit zu dem Ergebnisse führen, daß auch sie zu bejahen ist. Der erwähnte § 24 spricht seinem klaren Wortlaut nach ganz allgemein aus, daß, soweit eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt

werden kann, die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag ihrer Geschäftsanteile aufzubringen haben. Irgend eine Unterscheidung, aus welchem Geschäftsanteil der Fehlbetrag stammt, ob er die Stammeinlage eines Gründers oder eine erst durch Erhöhung des Gesellschaftskapitals geschaffene Stammeinlage betrifft, wird in dieser Vorschrift nicht gemacht. Eine solche Unterscheidung hineinzutragen und dabei die Tragweite der Vorschrift einzuengen, wie es das Landgericht in Übereinstimmung mit anderen Vertretern derselben Meinung tut, würde dem einzigen Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen, den Gläubigern der Gesellschaft eine unbedingte Sicherheit zu gewähren, daß das Stammkapital der Gesellschaft vollständig zur Einzahlung gelange und auch nicht später durch unberechtigte Auszahlung an die Gesellschafter vermindert werde (vgl. Begr. des Entw. I zum Gesetze 40). Im übrigen kann auf die ausführlichen und überzeugenden Ausführungen in der angezogenen Entscheidung, die übrigens nicht unbekämpft geblieben ist,

dagegen Hachenburg in LeipzZ. 8, 119; Flechtheim DJZ. 19, 89; dafür Neukamp im BankArch. 13, 193,

verwiesen werden. Wenn Flechtheim im Hinblick auf die reichsgerichtliche Entscheidung die Frage aufwirft: Gibt es Gesellschaften mit beschränkter Haftung? so mag die Berechtigung dazu insofern anzuerkennen sein, als die Durchführung des Grundsatzes, daß alle zahlungsfähigen Gesellschafter für alle Ausfälle an Stammeinlagen, mögen sie herrühren von welcher Emission sie wollen, haften, im äußersten Falle dazu führen kann, daß ein Gesellschafter schließlich für das ganze Stammkapital aufzukommen in die Notwendigkeit versetzt werden kann. Das Reichsgericht wendet sich in seiner Entscheidung gegen eine Überschätzung derjenigen Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, daß der später eintretende Gesellschafter für Fehlbeträge der Geschäftsanteile bisheriger Mitglieder aufzukommen hat, und gibt Hinweise in der Richtung, wie man sich vor unliebsamen Überraschungen solcher Art schützen könne (S. 123). Umgekehrt würde dem Gesellschafter, der bereits der Gesellschaft angehört, gegen uferlose Verpflichtungen, die sich im Hinblick auf § 24 aus jeder späteren Kapitalerhöhung für ihn ergeben können, ein Schutzmittel dann zur Seite stehen, wenn die Vorschrift des § 53 Abs. 2, wonach eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden kann, eben mit Rücksicht auf die in § 24 verordnete Kollektivhaftung auf jeden Kapitalerhöhungsbeschluß angewendet wird, eine Folgerung, die in der in der Leipz. Z. 8, 877 abgedruckten Abhandlung wohl mit Recht gezogen wird. Indessen bedarf es hier umsoweniger eines näheren Eingehens auf diese Frage, als der Beklagte in einem Zeitpunkte Mitglied der Gesellschaft geworden ist, als die mit dem Beitritt Sch.s verbundene Kapitalerhöhung bereits vollzogen war und die Vollzahlung von dessen Stammeinlage bereits ausstand. Der Beklagte hätte also, wenn er diese Tatsache nicht überhaupt bei seinem Beitritt gekannt

hat, wie unter Eidesbeweis gestellt ist, durch Erkundigung feststellen können, ob alle Geschäftsanteile voll eingezahlt gewesen seien.

Aus dem Dargelegten folgt zu Gunsten des Klägers, daß der Beklagte auch zur Deckung des Fehlbetrags der Sch.schen Stammeinlage heranzuziehen ist, dagegen war seiner Berufung insoweit der Erfolg zu versagen, als sie sich gegen die Verteilung des Fehlbetrags auf sämtliche zahlungsfähigen Gesellschafter richtet. Da nun der gesamte Fehlbetrag sich auf 13918,62 ℳ beläuft und dieser auf Gesellschafter mit einen Gesamteinlagekapital von 223000 ℳ zu verteilen, der Beklagte aber nach dem Verhältnisse seiner Einlage von 10000 ℳ heranzuziehen ist, so entfällt auf ihn ein Haftungsanteil in Höhe von 624,15 ℳ. Zur Zahlung dieses Betrags nebst den auf Grund von §§ 284, 288 BGB. mit Recht geforderten Zinsen war er daher in Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu verurteilen."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 26. Nov. 1917. S. Konk. w. R. 5 O. 118/17. F—ch.

II. Verfahren.

125. Kosten der Abtretungsurkunden über den Klaganspruch sind nicht erstattungsfähig.

ZPO. § 91.

Die Posten 1, 2, 4, 6, 7 beziehen sich sämtlich auf die Beschaffung von Abtretungsurkunden für die ursprüngliche oder die später in den Rechtsstreit eingetretene Klägerin. Die hierdurch entstandenen Auslagen gehören i. S. des § 91 ZPO. nicht zu den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten; denn sie dienen der Beschaffung des materiellen Klagegrundes und können nicht als Kosten des Rechtsstreits selbst angesehen werden (vgl. Gaupp-Stein zu § 91 VI. 3). Deshalb hat der Vorderrichter diese Kosten mit Recht als nicht erstattungsfähig bezeichnet.

Beschluß des OLG zu Hamburg (6. Sen.) v. 19. März 1918. H. A. L. M. w. Str. & N. Bs. Z. VI. 20/18. Nö.

126. Umfang des richterlichen Fragerechts.

Vgl. 55 Nr. 235 m. N.; auch 73 Nr. 52 S. 83/4.
ZPO. §§ 139, 539.

Der Schlußsatz im Tatbestande des Landgerichtsurteils:

„Auf Befragen erklären die Parteien, daß sie — zu der offensichtlich unvollkommen vorgetragenen Sache — zur Zeit nichts weiter vorzubringen hätten"

läßt zwar darauf schließen, daß das Landgericht den Kläger gefragt hat. Dieser Schlußsatz läßt aber zugleich erkennen, daß das Landgericht sich dabei auf die

allgemeine Frage beschränkt hat, ob noch weitere Angaben gemacht werden könnten. Diese allgemeine Frage genügt aber dem § 139 Abs. 1 ZPO. nicht. Das richterliche Fragerecht muß in der Weise ausgeübt werden, daß über die Bedeutung und den Zweck der Frage kein Mißverständnis obwaltet, und es lag dem Landgericht die Pflicht ob, im einzelnen darzulegen, in welcher Beziehung ihm eine Ergänzung und Erläuterung des Sachverhalts erforderlich erschien, und daran die Frage zu knüpfen, ob derartige Tatsachen vorgebracht werden könnten (RGEntsch. 36, 350; JW. 1911, 328; Stein ZPO.[10] § 139 unter II, Abs. 2).

Das Verfahren des Landgerichts verstößt hiernach gegen die Vorschriften in § 139 Abs. 1 ZPO., und dieser Verstoß begründet einen wesentlichen Mangel des Verfahrens. Die Nachholung des vom Landgericht Versäumten muß zu einer umfangreichen Verhandlung und voraussichtlich zu einer größern Beweisaufnahme führen. Die Erhebung der nach vorgängiger Erörterung angeordneten Beweise im Ber.-Verfahren würde den Parteien die Nachprüfung der Beweisergebnisse in einem zweiten Rechtsgang entziehen. Es erscheint deshalb schon zur Wahrung des vollständigen Rechtsmittelzugs angemessen, wegen des vorliegenden wesentlichen Mangels des Verfahrens das landgerichtliche Urteil und den ihm vorausgegangenen Schluß der mündlichen Verhandlung aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 539 ZPO.).

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 29. Okt. 1917. 5 O. 50/17.
Ch.

---

127. Revisionsfähigkeit der Verfassungsstreitigkeiten von Vereinen ohne wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb.

ZPO. § 546; BGB. §§ 21. 54.

Der seit dem Jahr 1909 in Berlin bestehende „Verband der Terrain-Interessenten Deutschlands", dem der Kläger angehörte, sollte in das Vereinsregister eingetragen werden. Nachdem mehrere Sitzungen des Verbandes zur Beratung der Angelegenheit abgehalten und bestimmte Beschlüsse gefaßt worden waren, reichten mehrere Mitglieder, die sich als Vorstand bezeichneten, die darüber aufgenommenen Protokolle beim Amtsgericht mit dem Antrag auf Eintragung des Verbandes in das Vereinsregister ein. Der Kläger widersprach in einer Eingabe der Eintragung. Durch Verfügung v. 10. Sept. 1912 setzte darauf das Registergericht gemäß §§ 127, 159 FGG. das Verfahren aus und bestimmte dem Kläger eine Frist zur Erhebung der Klage. Demgemäß erhob der Kläger eine Klage, die im 1. Rechtszug in verschiedenen Anträgen darauf abzielte, daß die Ungültigkeit der Beschlüsse festgestellt werde. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Gegen die vom Kläger eingelegte Revision erhoben die Beklagten das Bedenken, daß die Revisionssumme nicht gegeben sei. Das Bedenken wurde verworfen. Aus den Gründen:

„Die Zulässigkeit der Revision unterliegt keinem begründeten Bedenken. Die Rev.-Beklagten sind zwar der Ansicht, daß es sich hier um eine Rechtsstreitigkeit über einen vermögensrechtlichen Anspruch handle, daß daher die Zulässigkeit der Revision durch einen den Betrag von 4000 ℳ übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt sei (§ 546 Abs. 1 ZPO.) und daß es an dieser Bedingung im Streitfalle fehle. Dieser Ansicht kann aber nicht beigepflichtet werden. Richtig scheint allerdings zu sein, daß der Kläger mit seiner Klage lediglich wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Für die Frage jedoch, ob eine Streitigkeit über einen vermögensrechtlichen Anspruch vorliegt, kommt es darauf, welches subjektive Interesse den Kläger zur Klage treibt, nicht an, entscheidend ist vielmehr die Natur des klagend geltend gemachten Anspruchs. Die rechtliche Grundlage des Anspruchs aber, den der Kläger erhoben hat, bildet, wie schon die Anträge mit Sicherheit erkennen lassen, das Vereinsrecht. Mit Bezug auf eingetragene Vereine, die unter die Begriffsbestimmung des § 21 BGB. fallen, solche also, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, hat nun der Senat (RGEntsch. 88, 332) den sie beherrschenden Rechtsnormen ihrem Gesamtcharakter nach die vermögensrechtliche Natur abgesprochen und eine personenrechtliche und darum nicht vermögensrechtliche Bedeutung selbst für den Fall beigemessen, daß es den Vereinen auch darum zu tun ist, die Mitglieder in ihrer wirtschaftlichen Betätigung zu fördern. Daran ist festzuhalten. Der Verband der Terrain-Interessenten Deutschlands ist freilich noch nicht eingetragen, sondern seine Eintragung will der Kläger durch die Klage gerade verhindern. Allein in der hier in Rede stehenden Beziehung müssen nicht eingetragene Vereine, obwohl auf sie die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden (§ 54 Satz 1 BGB.), den eingetragenen Vereinen gleich behandelt werden, wie sie ihnen vermöge des größtenteils nachgiebigen Charakters der Vorschriften über die Gesellschaft auch sonst meist gleichstehen. Darüber aber, daß der Verband der Terrain-Interessenten Deutschlands keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezweckt (vgl. dazu RGEntsch. 83, 231), kann nach seinen Satzungen, und zwar sowohl nach den vom Kläger vorgelegten als nach den dem Registerrichter eingereichten, keinerlei Zweifel bestehen.

Die Revision muß auch für begründet erachtet werden. — — —"

Urteil des Reichsgericht (4. Sen.) v. 21. Febr. 1918, W. (Kl.) w. H. u. Gen. (KG. Berlin.) IV. 308/14.

---

128. Eine Bestrafung aus § 890 ZPO. setzt ein eigenes Verschulden des Schuldners voraus.

Vgl. 63 Nr. 55 m. N.
ZPO. § 890.

Der Schuldner ist durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Br. v. 21. November 1905 verurteilt worden, bei Meidung einer Geldstrafe

von 30 ℳ für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Öffnung der sämtlichen Fenster seines Hauses nach dem Hofraum zu, von 9 Uhr morgens an zu unterlassen. Gläubiger behauptet, Schuldner habe dieser Verpflichtung in der Zeit vom 6. Oktober bis 14. November 1916 22mal zuwidergehandelt und beantragt, ihn deshalb in eine Geldstrafe von 660 ℳ zu verurteilen. Das Landgericht hat diesen Antrag zurückgewiesen. Die gegen diese Entscheidung erhobene sofortige Beschwerde ist nicht begründet.

Unstreitig bewohnt der Schuldner selbst nicht das Haus, auf das sich die Verpflichtung bezieht, sondern hat er dieses seit dem April 1916 an einen Mieter vermietet, der die Fenster unzulässigerweise geöffnet haben soll. Ein Verschulden, das nach der zutreffenden Auslegung des § 890 ZPO. Voraussetzung für eine Bestrafung des Schuldners ist, muß aber auf seiten des Schuldners selbst vorliegen. Eine Haftung des Schuldners für Dritte i. S. von §§ 278, 831 BGB. kann, da es sich um eine Strafbestimmung handelt, nicht in Betracht kommen;

Vgl. RG. im RheinA. 90, 2, 72 und Gaupp-Stein zu § 890 II. 3. In RGEntsch. 36, 419 (in SeuffA. 52 Nr. 130) wird diese Frage offengelassen.

Ein Verschulden des Schuldners könnte nun einmal darin erblickt werden, daß er seinen Mieter nicht verpflichtet hätte, der Auflage des Urteils nachzukommen, dann aber auch darin, daß er den Mieter nicht hinreichend nach dieser Richtung beaufsichtigt hätte. In beiden Beziehungen kann dem Schuldner aber ein Vorwurf nicht gemacht werden. Nach den beigebrachten Urkunden hat der Schuldner glaubhaft gemacht, daß er S. am 7. April 1916 ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß in dem Hause nach einer gerichtlichen Entscheidung keines der Fenster geöffnet werden dürfe. S. hat erklärt, daß er diese Verpflichtung als Bestimmung seines Mietverhältnisses dem Schuldner gegenüber anerkannt, aber ihrem Inhalt nach mißverstanden habe. Bei dem klaren Wortlaut des schuldnerischen Schreibens v. 7. April 1916 ist dies schwer begreiflich, ein Verschulden des Schuldners kann jedoch darin nicht erblickt werden. Für eine besonders eingehende Beaufsichtigung des Mieters lag aber für den Schuldner ein Anlaß so lange nicht vor, als er nicht durch irgend einen Umstand darauf hingewiesen war, daß sein Mieter dem Verbot zuwiderhandele, besonders da seit fast zehn Jahren ein Streit zwischen den Parteien über diese Frage nicht mehr zum Ausbruch gelangt war. Es hätte nahe gelegen, daß der Gläubiger selbst den Schuldner auf das Verhalten seines Mieters hinwies. Unter diesen Umständen hat das Landgericht mit Recht den Antrag des Gläubigers auf Bestrafung des Schuldners zurückgewiesen.

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 22. Febr. 1917. K. w. M. Bs. Z. VI. 17/17. Nö.

I. Bürgerliches Recht.

129. Sind die Voraussetzungen für die gemäß § 29 BGB. erfolgte Bestellung von Vorstandsmitgliedern für eine Stiftung vom Prozeßgericht nachzuprüfen?

BGB. §§ 29. 86. FGG. § 32.

Die klagende Stiftung ist 1907 von dem damaligen Könige der Belgier, Leopold II., mit dem Sitze in Coburg errichtet. Ihren Vorstand im Sinne des Gesetzes bilden Verwalter. Auf Antrag des Coburgischen Steuerfiskus ernannte das Amtsgericht in Coburg durch Beschluß vom 15. Januar 1915 an Stelle dreier im belgischen Staatsdienst stehender Verwalter, die es infolge des Kriegsausbruchs als behindert ansah, drei andere Personen zu Verwaltern. Die Stiftung, vertreten durch diese neu ernannten Verwalter, erhob gegen die vier Beklagten Schadenersatzansprüche. Das Landgericht wies die Klage wegen mangelnder Vertretungsmacht der Vertreter der Klägerin ab. Das Oberlandesgericht hob dieses Urteil auf. Die Revision blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Landgericht ist davon ausgegangen, daß es gemäß § 56 ZPO. berechtigt und verpflichtet sei, den amtsgerichtlichen Beschluß vom 15. Januar 1915, auf den die drei Vertreter der Klägerin ihre Vertretungsbefugnis gründen, nicht bloß auf seine formelle Gültigkeit, sondern auch daraufhin nachzuprüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für ihn vorlagen. Es ist der Ansicht, daß die Voraussetzungen des § 29 (86) BGB. nicht gegeben gewesen seien, und hat deshalb die Klage wie angebracht abgewiesen. Das Oberlandesgericht nimmt dagegen den Standpunkt ein, daß in den Fällen, in denen die Vertretungsbefugnis auf einem rechtsgestaltenden Staatsakte beruht, der als solcher die Vertretungsmacht schafft, insbesondere auf einer im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangenen Verfügung, der Prozeßrichter nicht zu untersuchen habe, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des Aktes vorhanden waren oder nicht. Die Revision bekämpft den Standpunkt des Oberlandesgerichts. Sie führt aus, der Satz, daß das Prozeßgericht an die Beschlüsse des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit gebunden sei, treffe in dieser Allgemeinheit nicht zu. Der Standpunkt des Oberlandesgerichts ist aber richtig. — —

Legt das Gesetz einen rechtsgestaltenden Akt in die Hände einer bestimmten Behörde und schreibt es zugleich vor, auf welchem Wege die Aufhebung erwirkt werden kann, so ist grundsätzlich, auch ohne besonderen Ausspruch im Gesetz, anzunehmen, daß der Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen des Aktes nur auf dem vorgeschriebenen Wege geltend gemacht werden kann und daß der Staatsakt bis zu einer auf diesem Wege erfolgenden Änderung allen gegenüber wirksam ist. Dann aber kann die Entscheidung darüber, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des Aktes vorgelegen haben, nicht gelegentlich durch die verschiedenen Gerichte oder Behörden, die zufällig über eine aus dem Staatsakte sich ergebende Folgerung zu befinden haben, mit möglicherweise verschiedenem Ergebnisse, sondern nur einheitlich in dem dazu bestimmten Verfahren erfolgen. Das erfordert die Sicherheit des Verkehrs und ist auch im Interesse eines sachgemäßen Zusammenwirkens der Behörden unbedingt geboten. Diesem Grundsatz hat der III. Zivilsenat des Reichsgerichts in dem Urteile RGEntsch. 81, 206 fg. (211) Ausdruck in einem Falle gegeben, in dem es sich um die Frage drehte, ob ein Verein durch Eintragung in das Vereinsregister die Rechtsfähigkeit auch dann erlangt, wenn sein Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder wenn sonstige Vorbedingungen der Eintragung nicht erfüllt sind. Der Revision ist zuzugeben, daß die damals getroffene Entscheidung hauptsächlich auf anderen Erwägungen als der hier in Rede stehenden beruht. Allein der darin ausgesprochene Grundsatz, von dem mit Recht gesagt ist, daß er z. B. auf die Volljährigkeitserklärung, die Entmündigung, die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft anwendbar sei, kann weitergehende Geltung beanspruchen, und nichts spricht dagegen, ihn auch in Fällen der hier vorliegenden Art zur Anwendung zu bringen. Wo es sich, wie hier, um eine im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangene Verfügung handelt, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme von Rechtsgeschäften oder zur Entgegennahme von Willenserklärungen erlangt, findet der Grundsatz eine wesentliche Stütze in § 32 FGG., wonach, wenn eine solche Verfügung ungerechtfertigt ist, sofern sie nicht wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, ihre Aufhebung auf die Wirksamkeit der inzwischen vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß hat.

Auf dem Satze, daß bei Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen einer Anordnung nur in dem dazu bestimmten Verfahren und damit nur einheitlich geltend gemacht werden kann, beruht die ständige Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts, wonach nur das Vormundschaftsgericht und die ihm übergeordneten Gerichte über die Voraussetzungen der Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft zu entscheiden haben und die Gültigkeit einer solchen Anordnung von dem Prozeßrichter nicht in Zweifel gezogen werden darf. Er wird auch in der Rechtslehre immer mehr vertreten. Einzelne Schriftsteller machen einen Unterschied,

je nachdem dem rechtsgestaltenden Staatsakte wesentliche oder nicht wesentliche gesetzliche Voraussetzungen fehlen. Sie denken dabei besonders an den Fall, daß einem Volljährigen, dessen Entmündigung weder beantragt noch ausgesprochen ist, ein Vormund bestellt ist oder daß ein Verfahren, das nur auf Antrag erfolgen darf, ohne Antrag eingeleitet ist. Der III. Zivilsenat des Reichsgerichts nimmt dagegen an, daß ein Unterschied zwischen den verschiedenen gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen, nicht zu machen sei, da eben die Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit darüber zu entscheiden habe, ob alle Voraussetzungen erfüllt sind. Bei der Flüssigkeit der Grenzen zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Voraussetzungen würde eine Unterscheidung nach Arten von gesetzlichen Voraussetzungen auch die Rechtssicherheit gefährden, der der in Rede stehende Grundsatz gerade dienen soll. Trotzdem wird anzuerkennen sein, daß er nicht gelten kann, wenn dem Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit Voraussetzungen fehlen, die so wesentlich sind, daß, wie bisweilen gesagt wird, ‚nach der erkennbaren Absicht des Gesetzes bei ihrem Fehlen der Amtshandlung die Eigenschaft und Wirkung der Ausübung staatlicher Befugnisse versagt sein soll'. Ob eine solche Ausnahme vorliegt, mag nicht immer ganz zweifelsfrei sein, und es mag auch darüber gestritten werden können, ob die vorhin erwähnten, von einzelnen Schriftstellern angeführten Ausnahmefälle als solche anzuerkennen sind. Im gegebenen Falle fehlte es jedenfalls dem amtsgerichtlichen Beschlusse vom 15. Januar 1915 an einer derart wesentlichen Voraussetzung nicht. Der Antrag eines Beteiligten im Sinne des § 29 (86) BGB. lag vor, und bei allen übrigen Voraussetzungen, die diese Gesetzesvorschrift aufstellt, dreht es sich entweder um bloße Ermessensfragen oder doch nicht um so wesentliche gesetzliche Voraussetzungen, daß bei ihrem Fehlen nach der erkennbaren Absicht des Gesetzes garnicht von der Ausübung einer staatlichen Befugnis die Rede sein könnte. — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Senat) v. 14. März 1918. F. u. Gen. w. N. Stiftung (OLG. Jena). IV. 52/17.

---

130. Zurückbehaltung wegen ganz geringfügiger Gegenforderung?

BGB. § 273.

Die Klägerin forderte die Zahlung von 17,53 *M* als des Preises für eine Mustersendung von Karbidlampen. Der Beklagte forderte Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines im Juni 1915 zwischen den Parteien geschlossenen Geschäftes über die Lieferung von 3000—5000 Stück Lampen. Er rechnete mit dieser Schadenersatzforderung gegen die an sich unstreitige Klageforderung auf und forderte widerklagend die Zahlung von 5000 *M*. Die Vorinstanzen haben der Klage entsprochen und die Widerklage abgewiesen. Die Revision war erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, daß dem Beklagten kein Recht zustand, die Bezahlung der erhaltenen Mustersendung bis zur Lieferung der weiteren gekauften Lampen hinauszuschieben. Weder aus § 273 BGB., noch aus sonstigen Bestimmungen konnte ein solches Recht des Beklagten hergeleitet werden. Die völlig grundlose, hartnäckige Weigerung des Beklagten aber, diesen kleinen Betrag zu bezahlen, erscheint als ein derart seltsames, den Gepflogenheiten des kaufmännischen Verkehrs und dem Verhalten eines ehrbaren Kaufmanns widersprechendes Verhalten, daß die Annahme des Berufungsgerichts, welches der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht an der Hauptlieferung wegen ihrer Forderung aus der Mustersendung zuspricht, gerechtfertigt ist. Allerdings ist die Forderung, wegen deren sie das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt hat, im Verhältnis zu der zurückgehaltenen Leistung eine ganz geringfügige. Die besondere Lage des Falles aber, welche geeignet war, die Klägerin mit Mißtrauen gegen den Beklagten zu erfüllen und sie zu besonderer Vorsicht in dem geschäftlichen Verkehr mit ihm zu veranlassen, läßt eine derartig weitgehende Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nicht, wie es regelmäßig der Fall sein mag, als wider Treu und Glauben verstoßend erscheinen."

Urteil des Reichsgerichts (3. Senat) v. 3. Mai 1918. H. w. C. (OLG. Dresden). III. 10/18.

---

131. Rücktritt des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalls wegen verletzter Anzeigepflicht; zur Auslegung des § 21 VersVG.

VersVG. § 21.

Die verklagte Gesellschaft hatte 25 Pferde des Klägers nach Maßgabe ihrer allgemeinen Versicherungsbedingungen auf die Dauer bis zum 31. März 1919 versichert und der Kläger hatte die tarifmäßigen Prämien für das erste halbe Versicherungsjahr bezahlt. Am 6. und 27. Juni 1916 verendete je eines der versicherten Pferde infolge Erkrankung. Der Kläger beanspruchte deshalb von der Beklagten die Bezahlung der Versich.-Summe für beide Tiere mit 1920 ℳ. Mit Brief v. 12. Juli 1916 lehnte jedoch die Beklagte jede Zahlung unter gleichzeitigem Rücktritt vom Versicherungsvertrag ab, weil der Kläger die ihm bei der Schließung des Vertrags im Aufnahmeantrag von der Gesellschaft gestellte Frage nach der Zahl der bei ihm in den letzten fünf Jahren krepierten Tiere unrichtig beantwortet habe und deshalb die Gesellschaft nach § 51 Versich.-Bedingungen berechtigt sei, vom Vertrage zurückzutreten. — Nunmehr erhob der Kläger Klage gegen die Gesellschaft auf Bezahlung der Entschädigung. Die Klage wurde abgewiesen; die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Aus den Gründen:

„Der Kläger konnte auch in der Ber.-Instanz nicht in Abrede stellen, daß seine Angabe über die Zahl der in den letzten 5 Jahren vor Abschluß des

Versich.-Vertrags in seinem Betriebe verendeten Pferde tatsächlich und in dem Umfang unrichtig war, wie dies vom Landgericht festgestellt ist, und daß die verklagte Gesellschaft vom Vertrage form- und fristgerecht zurückgetreten ist. Er mußte auch zugeben, daß dieser Rücktritt an sich nach §§ 16, 17 und 18 VersVertrGes. v. 30. Mai 1908 als zulässig und gerechtfertigt zu erachten wäre, aber er ist der Ansicht, daß ihm die Beklagte gleichwohl die eingeklagte Versicherungssumme zu zahlen habe, weil ihm die zwingende, vom Landgericht jedoch nicht verstandene Ausnahmevorschrift des § 21 Ges. schützend zur Seite stehe. Diese Ansicht ist aber verfehlt.

Als ‚Versicherungsfall' i. S. dieser Gesetzesbestimmung, worunter nur das Ereignis zu verstehen ist, durch dessen Eintritt der Versicherer zur Leistung verpflichtet wird (Hager-Bruck VersVG.[3] Einl. 20) kommt für die gegenwärtige Streitsache der Tod der beiden am 6. und 27. Juni 1916 verendeten Pferde des Klägers in Betracht. Auf dieses Ereignis hatten die unrichtigen Angaben des Klägers über die Zahl der in den letzten 5 Jahren vor dem 15. April 1916 in seinem Betrieb krepierten Pferde fraglos keinen Einfluß. Es fehlt hier an jedem inneren und ursächlichen Zusammenhang. Insoweit war daher die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 21 Ges. zugunsten des Klägers gegeben. Aber ebenso zweifellos ist es, daß die weitere Voraussetzung hierfür, nämlich die Einflußlosigkeit jener Angaben auf den Umfang der Leistung des Versicherers, hier nicht vorliegt. Die Leistung der Beklagten bestand in der Übernahme der Versicherung der Pferde des Klägers gegen Zahlung der auf Grund der Angaben im Vers.-Aufnahmeantrag berechneten Prämien, des mit der Versicherung verbundenen Risikos und der Verpflichtung zur Ausbezahlung einer Entschädigung von 80% des angegebenen Versicherungswertes der Pferde. Es versteht sich von selbst, daß für die Übernahme aller dieser Verpflichtungen, jedenfalls aber für die Berechnung der Höhe der vom Kläger zu leistenden Prämienzahlung und der ihm zu gewährenden Entschädigung, die wahrheitgemäße und gewissenhafte Beantwortung aller im Vers.-Aufnahmeantrag enthaltenen Fragen, also insbesondere auch der Frage nach der Zahl der in einem gewissen Zeitraum verendeten Pferde des Versicherungnehmers von erheblicher und maßgebender Bedeutung ist. Das hat auch im § 18 Abs. 1 Ges. entsprechenden Ausdruck gefunden und konnte vom Kläger nur unter Vernachlässigung der allergewöhnlichsten Sorgfalt im Verkehr außer acht gelassen werden. Berücksichtigt man dabei aber noch den sehr erheblichen Unterschied zwischen der Zahl der vom Kläger als krepiert bezeichneten Pferde und der in Wirklichkeit verendeten, so erscheint die Behauptung der Beklagten, daß sie bei Kenntnis der wirklichen Sachlage dem Kläger nicht den gleichen Prämiensatz und auf keinen Fall einen Schadenersatz von 80% gewährt hätte, ohne weiteres als völlig glaubwürdig und keines Beweises mehr bedürftig. Ob etwa eine staffelförmige Festsetzung der Entschädigungssumme zwischen den Streitteilen stattgefunden hätte und in welchen Staffeln, ist

hiernach für die gegenwärtige Entscheidung gleichgültig, da jeder auch noch so geringe Einfluß, den der Umstand, in Ansehung dessen die Anzeigepflicht verletzt wurde, auf den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers hat, zugunsten des Versicherers wirkt (vgl. Hager-Bruck a. a. O. § 21 Anm. 2) und die Anwendung des § 21 gegen ihn ausschließt. Die von den Parteien in dieser Richtung beantragte Beweiserhebung ist daher überhaupt nicht veranlaßt.

Rechtlich unhaltbar ist es, wenn der Kläger einen Verstoß gegen den § 21 Ges. und eine Umgehung dieser zugunsten des Vers.-Unternehmers getroffenen gesetzlichen Ausnahmevorschrift darin erblicken will, daß der Versicherer Fragen, die er bereits bei Abschluß des Versicherungsvertrages an den Versicherungnehmer gestellt hat, nach dem Eintritt des Versicherungsfalls bei der Schadenfeststellung wiederholt. Diese erneute Fragestellung dient einem andern Zweck als die frühere und ist ebenso gewissenhaft zu beantworten wie diese. Darüber mußte sich, nach den im Verkehr üblichen Grundsätzen von Treu und Glauben, der Kläger vollkommen klar sein. — — —"

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 26. Febr. 1918. R. w. B. L. 358/17. F—z.

---

132. Haftung des Eisenbahnfiskus für unerlaubte Handlungen verfassungsmäßiger Vertreter. Beamtenhaftung nach sächsischem Gewohnheitsrecht.

Vgl. 59 Nr. 27.

BGB. §§ 831. 31. 89. EGBGB. Art. 77.

Als am 28. September 1915 der Kläger K., dessen Frau und die Frau des anderen Klägers auf der dem Beklagten gehörigen und von ihm betriebenen Eisenbahn von B. L. nach L. fuhren, entgleiste der von ihnen benutzte Wagen unmittelbar vor der Station L., wo damals der Eisenbahnassistent F. den Fahrdienst leitete und der Weichenwärter Sch. die Weichenstellung versah. Die beiden Frauen verunglückten dabei tödlich. Die Kläger beanspruchten vom Beklagten Ersatz für die Dienste im Hauswesen, zu deren Leistung ihre Frauen verpflichtet gewesen seien, und klagten auf Entrichtung einer lebenslänglichen Rente. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, daß der Klaganspruch weder auf das Reichshaftpflichtgesetz noch auf den Beförderungsvertrag, sondern höchstens auf unerlaubte Handlung (§§ 823 f, 845 BGB.) gestützt werden kann.

. . . Dem Landgericht ist darin beizupflichten, daß im gegenwärtigen Falle eine Verpflichtung des Beklagten zum Schadenersatz auf Grund unerlaubter Handlung nicht besteht. Als verfassungsmäßige Vertreter des Fiskus im Sinne von §§ 30, 31, 89 BGB. kommen nur Beamte in Frage, deren Anstellung durch Gesetz oder eine gleichwertige organisatorische Bestimmung vorgesehen ist, und die wenigstens innerhalb eines gewissen Verwaltungs-

zweiges zu selbständigem Handeln und zur rechtsgeschäftlichen Vertretung des Fiskus berufen sind, und dazu gehören in Sachsen Weichensteller und Eisenbahnassistenten, mögen letztere auch den Fahrdienst zu leiten und bahnpolizeiliche Befugnisse auszuüben haben, nicht, wie aus der „Verwaltungsordnung der Königlich Sächsischen Staatseisenbahnen" zu entnehmen ist, in der dieser Beamten keine Erwähnung getan ist. Der Beklagte hat daher für die unerlaubten Handlungen F. und Sch., durch deren Fahrlässigkeit unstreitig der Unfall herbeigeführt worden ist, nicht aus §§ 31, 89 BGB., sondern aus § 831 BGB Abs. 1 S. 1 einzustehen, seine Haftung entfällt aber auch insoweit, weil durch die Aussagen der Zeugen C. und F. der in § 831 Abs. 1 S. 2 nachgelassene Entlastungsbeweis geführt worden ist.

Den Klägern steht auch nicht das in Sachsen geltende, durch die Einführung des BGB. unberührt gebliebene (Art. 77 EGBGB.) Gewohnheitsrecht zur Seite, wonach der Staat für den Schaden haftet, den seine Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügt haben. Eine Ausübung öffentlicher Gewalt liegt nur vor, wenn der Beamte das Herrschaftsrecht des Staates, dem jeder Einzelne sich fügen muß, betätigt, wenn er in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, insbesondere der obrigkeitlichen Gewalt handelt, nicht aber dann, wenn er fiskalische Rechte ausübt, die in Rechtsverhältnissen des bürgerlichen Rechtes ihren Grund haben, z. B. in einem staatlichen Gewerbebetriebe, zu dem auch der Eisenbahnbetrieb gehört (zu vgl. Staudinger EGBGB. Art. 77 A 2b; RGBGB. § 89 A 3). In den letzteren Bereich fällt aber die Tätigkeit F. und Sch., die den Schaden verursacht hat; lediglich dadurch, daß sie bei der Bedienung der Blockvorrichtung und der Weichenstellung vorschriftswidrig verfahren sind, ist die Entgleisung herbeigeführt worden. Mag F. wie die Kläger geltend machen, in seiner damaligen Dienststellung auch bahnpolizeiliche Befugnis gehabt haben, so hat er doch bei seiner hier in Frage kommenden schadenbringenden Tätigkeit nicht in Ausübung ihm anvertrauter öffentlicher Gewalt gehandelt. Ebensowenig können die Kläger mit ihrer Berufung auf § 458 HGB. und § 5 der Eisenbahnverkehrsordnung Erfolg haben, denn diese Bestimmungen regeln nur die Haftpflicht aus dem Beförderungsvertrage (JW. 1916, 488 7) und greifen daher im Verhältnisse der Kläger zum Beklagten nicht Platz."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Senat) v. 11. März 1918, K. u. Gen. w. Sächs. Staat. 5 O. 100/17. Ch.

---

133. Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Angestellter sich zum Wettbewerb ein Verzeichnis über die Bezugs- und Absatzquellen seines Geschäftsherrn anfertigt.

UnlWG. § 1; BGB. § 138; HGB. § 60; ZPO. § 256.

Der Kläger war zur Zeit der Klageerhebung alleiniger Inhaber der unter der Firma M. & S. in L. bestehenden Wollhandlung, die er jetzt als offene



Handelsgesellschaft zusammen mit dem Kaufmann H. betreibt. Vom 1. September bis zum 28. November 1913 war der Beklagte als Volontär bei ihm tätig. Während dieser Tätigkeit hatte der Beklagte in zwei Notizbüchern sich Adressen von Kunden und Lieferanten der Firma zum Teil unter Beifügung der in Betracht kommenden Warengattungen zusammengestellt. Der Kläger behauptet, daß der Beklagte dieses Material, teils während er noch bei ihm beschäftigt war, teils nach seinem Austritt mißbraucht habe, um Geschäfte zu machen, durch die er geschädigt worden sei, und daß auch für die Zukunft ein solches Gebahren zu befürchten sei. Er wollte dieses Gebahren dem Beklagten gegenüber untersagt wissen und forderte von ihm auch Schadenersatz. Der Unterlassungsanspruch wurde vom Ber.-Gericht anerkannt, die Schadenforderung dagegen abgewiesen. Aus den Gründen:

— — — „Es kann dahingestellt bleiben, ob die Bezugs- und Absatzstellen, um die es sich bei den Verzeichnissen handelt, Betriebsgeheimnisse i. S. von § 17 UnlWG. darstellen und ob demgemäß der Kläger zur Rechtfertigung seiner Ansprüche die Bestimmungen in § 17 Abs. 2 § 19 UnlWG. heranziehen kann. Zum mindesten hat, soweit der von ihm behauptete Sachverhalt bewiesen ist, § 1 Anwendung zu finden.

Die Kenntnis dieser Bezugs- und Absatzstellen gehört zu den geschäftlichen Erfahrungen, auf die sich der Geschäftsbetrieb des Klägers aufbaut. In Gestalt des Inhalts der Bücher und der Korrespondenz steht sie den Inhabern und Angestellten des Geschäfts für die Zwecke des Betriebes zur Verfügung. Indem sich der Beklagte über die Bezugs- und Absatzstellen Zusammenstellungen anfertigte, wie sie in den Klaganlagen A und B ersichtlich sind, erreichte er, daß ihm die in diesen Zusammenstellungen verkörperten Erfahrungen des klägerischen Geschäftsbetriebs, auch soweit es seine Dienststellung bei der Firma nicht mit sich brachte, und insbesondere auch nach Aufgabe derselben in gleicher Weise zu Gebote standen, wie den Inhabern der Firma und den mit deren geschäftlichen Angelegenheiten befaßten Angestellten derselben, und wenn er diese Zusammenstellungen dann bei seinen eigenen Geschäften in der Wollbranche benutzt oder benutzt hat, bedeutet das somit ein Ausnutzen von Vorteilen, die die Inhaber des Geschäftsbetriebs sich durch ihre Tätigkeit für diesen geschaffen hatten. Es handelt sich insoweit nicht lediglich um die Verwertung allgemeiner Erfahrungen, wie sie die Tätigkeit in dem Geschäftszweige für jeden mit sich bringt, sondern um die Ausbeutung der in der Eigenart des klägerischen Geschäfts begründeten geschäftlichen Beziehungen auf Grund von Maßnahmen, die ihm deren dauernde Beherrschung gewährleisten sollten.

Hiernach ist ebenso, wie das schon von der Anfertigung der Verzeichnisse wird gelten müssen, vor allem auch in deren Verwendung durch den Beklagten für seine eigenen Geschäfte ein vorsätzliches Verhalten zu sehen, das dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden widerspricht und somit

gegen die guten Sitten verstößt. ——— Die Bestimmung der Verzeichnisse, in der oben besprochenen Weise der geschäftlichen Tätigkeit des Beklagten zu dienen, ergibt sich ohne weiteres aus ihrem Inhalt. Sobald sie vorhanden waren, waren sie aber auch verwendungsbereit. Demgemäß bedeutet schon ihre Anfertigung ein ihre Ausnutzung unmittelbar ermöglichendes Tun und mithin eine ernstliche Vorbereitung der durch sie zu bewirkenden Rechtsverletzungen. Der Unterlassungsanspruch ist also zum Zweck der Verhinderung dieser gegeben, auch wenn es zur Verwendung der Verzeichnisse für den in Frage stehenden Zweck durch den Beklagten noch nicht gekommen sein sollte.

Der Inhalt dieses Unterlassungsanspruchs ist aber der gleiche, mag ihm eine bereits geschehene oder eine erst drohende Rechtsverletzung zugrunde liegen. Der Beklagte hat es vermöge dieses Anspruchs zu unterlassen, sich der in den Verzeichnissen gemachten Zusammenstellungen bei seinen Geschäften zu bedienen in der Weise, daß er die in ihnen zusammengestellten Angaben über Lieferanten, Abnehmer und Waren zur Grundlage geschäftlicher Anerbietungen macht, oder zur Beurteilung ihm gemachter geschäftlicher Anerbietungen benutzt. Jedoch beschränkt sich diese Verpflichtung entsprechend der Entstehung und dem Inhalte dieser Verzeichnisse auf Geschäfte, die sich auf den Wollhandel beziehen. Es geht somit zu weit, wenn das Landgericht dem Antrage des Klägers gemäß ganz allgemein die Benutzung der Listen im geschäftlichen Verkehr, und insbesondere auch ganz allgemein den Abschluß von Einkäufen und Verkäufen mit den darin genannten Kunden, Lieferanten und Gutsbesitzern verboten, also zum Ausdruck gebracht hat, daß das Verbot Geschäfte jeder Art umfasse.

Daß die die Verzeichnisse enthaltenden Notizbücher sich, wie außer Streit, nicht mehr in seinem Besitz, sondern in dem des Klägers befinden, kann der Beklagte dem Kläger nicht entgegensetzen. Die Unterlassungsverpflichtung bezieht sich nicht gerade nur auf die Niederschrift der Zusammenstellungen wie sie in den Notizbüchern enthalten war. Demgemäß ist entgegen der Auffassung des Beklagten entscheidendes Gewicht darauf zu legen, daß der Beklagte in Gestalt der Klaganlagen A und B Abschriften der Verzeichnisse im Besitz hat. Auch diese setzten ihn in den Stand, von den Zusammenstellungen Gebrauch zu machen. Seine Bereitwilligkeit, sie zurückzugeben, ändert nichts daran, daß sie ihm zurzeit noch zu Gebote stehen. Überdies würde aber, da man nach dem Obigen davon auszugehen hat, daß sein Wille auch jetzt noch auf die Ausnutzung der Zusammenstellung für seine Zwecke gerichtet ist, auch für den Fall der Zurückgabe noch damit zu rechnen sein, daß er Abschriften zurückbehalten haben könnte. Mithin ist der Unterlassungsanspruch begründet, wiewohl sich die ursprünglich angefertigten Verzeichnisse im Besitz des Klägers befinden.

Auch darin ist dem Beklagten nicht beizupflichten, daß für den Kläger kein Interesse mehr an dem begehrten Unterlassungsgebot bestehe. Allerdings

mögen infolge der durch den Krieg geschaffenen Verhältnisse die geschäftlichen Beziehungen mit den in den Verzeichnissen genannten Firmen und Persönlichkeiten zum Teil beeinträchtigt, zum Teil auch gänzlich unterbrochen sein. Daß sie aber überhaupt unmöglich wären und insbesondere ihre Wiederaufnahme in dem alten Umfang auch nach dem Kriege ausgeschlossen wäre, ist nicht zuzugeben. So aber müßten die Dinge liegen, wenn man anerkennen wollte, daß die Gefahr der behaupteten Rechtsverletzungen nicht mehr bestehe, oder daß der Kläger mangels eines Interesses an der Rechtsverfolgung i. S. von § 226 BGB. nicht befugt sei, den Anspruch auf Unterlassung geltend zu machen. Auch daß der Beklagte sich zurzeit im Heeresdienst befindet, entzieht dem Unterlassungsanspruch nicht unter diesen Gesichtspunkten die Grundlage. — — —

Was den an sich aus § 1 UnlWG. herzuleitenden Anspruch des Klägers auf Schadenersatz anlangt, so ist zunächst das vom Kläger mit dem in erster Linie gestellten Antrag erhobene Verlangen auf Zahlung zur Erstattung bereits erwachsenen Schadens unbegründet. Es ist nicht bewiesen, daß es überhaupt zum Abschluß der Geschäfte mit den Firmen gekommen ist, die der Kläger in dieser Hinsicht aus den Verzeichnissen namhaft gemacht hat. — — —

Dem vom Kläger in zweiter Linie hilfsweise, also für den Fall der Verneinung des Zahlungsanspruchs geltend gemachten Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Schadenersatzgewährung steht entgegen, daß ein Interesse des Klägers an dieser Feststellung, wie es § 256 ZPO. voraussetzt, nicht anerkannt werden kann.

Es soll einerseits die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz des dem Kläger bereits erwachsenen Schadens, anderseits die zur Erstattung desjenigen, der ihm künftig erwachsen wird, festgestellt werden. In beiden Beziehungen handelt es sich um bestimmte einzelne Vorgänge, die einzelnen Fälle der Rechtsverletzung. Soweit sie bereits erfolgt sind, sind sie in ihren Wirkungen schon jetzt zu übersehen. Die Sachlage ist also nicht so, daß dem Kläger Schadenersatzansprüche zuständen, die in ihrer Grundlage bereits feststünden, sich aber noch in fortschreitender Entwicklung befänden oder doch, soweit sie bereits abgeschlossen vorlägen, nicht alsbald beziffert werden könnten. Der Kläger kann mithin nicht aus der Unmöglichkeit den bereits erwachsenen Schaden jetzt schon ziffermäßig geltend machen und aus der zu erwartenden Weiterentwicklung der zurzeit begründeten Ansprüche die Befugnis herleiten, zunächst lediglich Feststellung seiner Ansprüche zu verlangen. Er muß sich vielmehr darauf verweisen lassen, daß er die bereits entstandenen Ansprüche zur Leistung einzuklagen und im übrigen sich zu bescheiden hat, daß er die aus künftigen Rechtsverletzungen ihm erwachsenden erst nach dem Eintreten solcher geltend machen kann. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 23. Dez. 1916. M. w. M. 3, O. 158/14. F—ch.

134. Erbschaftssteuer; Bedeutung des „gewöhnlichen Aufenthalts" i. S. des § 6 Abs. 2 ErbschSteuerGesetzes.

ErbschStG. § 6 Abs. 2.

Kläger verlangte Zurückzahlung von seiner Ansicht nach zu Unrecht erhobener Erbschaftssteuer. Beide Vorinstanzen wiesen die Klage ab; die Revision hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen:

„Unter den Parteien ist unstreitig, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes kein Deutscher war und weder seinen Wohnsitz noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Bundesstaate hatte. Das dem Kläger angefallene Vermögen unterlag deshalb nach § 6 Abs. 2 ErbschStG. der Steuer nur dann, wenn Kläger am 13. Sept. 1914 ‚zur Zeit des Anfalls im Inlande seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen ‚seinen gewöhnlichen Aufenthalt' gehabt hat. Wie Kläger selbst nicht mehr in Zweifel zieht, wird die Stempelpflicht dadurch nicht ausgeschlossen, daß er nach den Feststellungen beider Vorinstanzen seinen beim Ausbruch des Kriegs im Auslande gehabten Wohnsitz nicht aufgegeben hatte. Der Ber.-Richter hat nun in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen, daß Kläger am 13. Sept. 1914 in der Stadt Braunschweig seinen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. des § 6 Abs. 2 ErbschStG. gehabt hat, und hat demgemäß die Erhebung der Steuer für gerechtfertigt erklärt. Die Revision wendet sich lediglich gegen diese Annahme mit der Rüge der Verletzung dieses § 6 durch Verkennung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts, sowie der Verletzung der §§ 139 und 286 ZPO. Sie konnte keinen Erfolg haben.

Nach dem Entwurf des Stempelsteuergesetzes sollte das inländische Vermögen eines Ausländers der Steuer unterliegen: 1. nach Abs. 1 des § 7, wenn er zur Zeit des Todes in einem Bundesstaate seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und 2. nach Abs. 2 daß, wenn für den Fall, daß Abs. 1 nicht zutraf, der Erwerber ‚im Inland seinen Wohnsitz' hatte. In der Begründung war ausgeführt, daß es nicht gerechtfertigt erscheine, den rein zufälligen Umstand des bloß vorübergehenden Sichaufenthaltens im Inlande — etwa auf einer Durchreise — für die Steuerpflicht entscheidend sein zu lassen. In der Kommission ist dann im Abs. 2 hinzugefügt ‚oder in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt', und zwar aus der Erwägung, daß ebenso wie im Fall des Abs. 1 der gewöhnliche Aufenthalt geeignet sein solle, den Wohnsitz zu ersetzen. Der so geänderte § 7 des Entwurfs hat dann als § 6 Aufnahme in das Gesetz gefunden. Hieraus ergibt sich, daß der ‚gewöhnliche Aufenthalt' i. S. beider Absätze des § 6 in Gegensatz gesetzt ist und begrenzt wird einerseits vom Wohnsitz, anderseits vom bloß vorübergehenden Aufenthalt.

Dem Ber.-Richter ist deshalb darin beizutreten, daß es zur Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts i. S. des ErbschStG. ausreicht, wenn die bloße Tatsache eines nicht nur vorübergehenden Verweilens, eines Verweilens

von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit vorliegt. Der Revision ist nicht zuzugeben, daß die betreffende Person die Absicht haben mußte, „wenigstens für einige Zeit den Mittelpunkt ihrer Lebenshaltung an dem Ort des Aufenthalts zu begründen". Ein solches Erfordernis ist weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch mit der Revision daraus herzuleiten, daß der Grund der Besteuerung einer Person in deren territorialer Abhängigkeit vom Staate liege, letzteres umsoweniger, als Gegenstand der Besteuerung das im Inland und somit in territorialer Abhängigkeit vom inländischen Staat befindliche Vermögen des Erblassers ist, wenn auch nur unter der Voraussetzung, daß der Erbe sich im Inland nicht nur vorübergehend aufhält, sondern dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Die Entscheidung, ob in dem einzelnen Fall das Verweilen im Inlande von einer die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts rechtfertigenden Dauer und Stetigkeit gewesen ist, liegt wesentlich auf dem Tatsachengebiet. Daß der Ber.-Richter im vorliegenden Fall auf Grund seiner eingehenden Würdigung der festgestellten Sachlage zu dem Ergebnis gelangt ist, daß Kläger sich nicht etwa nur zwecks Besuchs seiner Mutter und sonstigen Verwandten vorübergehend nach Braunschweig begeben hatte, sondern dort zur kritischen Zeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat, läßt einen Rechtsverstoß nach keiner Richtung erkennen.

Zunächst enthält es nicht, wie die Revision meint, einen Widerspruch, daß der Ber.-Richter davon ausgeht, daß für die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts i. S. des ErbschStG. das tatsächliche Vorliegen eines Aufenthalts von längerer Dauer und Stetigkeit ausreicht, sodann aber im Fortgang seiner Begründung ausführt, daß der Kläger Braunschweig zu seinem regelmäßigen, gewöhnlichen Aufenthalt ‚auserkoren' habe. Auch wenn es rechtsgrundsätzlich auf den Willen der betreffenden Person entscheidend nicht ankommt, kann immerhin aus der bei der Aufenthaltsnahme bestehenden Absicht auf das Vorhandensein des Erfordernisses der Stetigkeit geschlossen werden. — — —

Ist hiernach rechtlich nicht zu beanstanden, daß der Ber.-Richter als dargetan angesehen hat, daß Kläger am 13. Sept. 1914 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Stadt Braunschweig gehabt hat, so kann unerörtert bleiben, ob es nicht nach dem Gesetze genügt hätte, wenn der Ber.-Richter festgestellt hätte, daß Kläger in dem kritischen Zeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt ‚im Inland' gehabt hat, auch wenn eine bestimmte einzelne Stadt als gewöhnlicher Aufenthalt nicht zu ermitteln gewesen wäre. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 20. Nov. 1917. Gl. (Kl.) w. Braunschweig. Staat. (OLG. Braunschweig.) VII. 335/17. Auch in RGEntsch. 91 Nr. 71 S. 287.

135. Der Besitz des Nießbrauchers geht auf dessen Erben über; Eigentumsklage gegen einen von mehreren Mitbesitzern.

BGB. §§ 857. 985.

Die Klägerin behauptet, ihr verstorbener Oheim, der Ehemann der Beklagten, habe ihr im Jahre 1915 Schenkungen im Gesamtbetrage von 6000 ℳ gemacht, das über diese Summe ausgestellte Depositenbuch der Volksbank in S. aber in Besitz behalten, um die Zinsen, die er sich bis zu seinem Tode vorbehalten habe, erheben zu können. Die Beklagte, die eine der Miterben ihres verstorbenen Mannes ist, hat das Buch in Besitz und weigert dessen Herausgabe an die Klägerin. Diese hat deshalb gegen sie auf Herausgabe Klage erhoben. Nach diesem Antrage haben die Vorinstanzen erkannt. Sie haben übereinstimmend den Beweis einer ordnungsmäßig vollzogenen Schenkung für geführt erachtet. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Beklagte hatte geltend gemacht, sie sei allein nicht passiv legitimiert. Das Sparbuch habe sich im Nachlasse ihres Ehemannes befunden. Sie sei nicht Alleinerbin. Deshalb sei der Besitz nach § 857 BGB. auf alle Erben gemeinschaftlich übergegangen. Die übrigen Erben hätten daher mitverklagt werden müssen. Es kann der Revision zugegeben werden, daß die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Passivlegitimation der Beklagten bejaht, auf Rechtsirrtum beruht. Das Berufungsgericht führt aus: Der Besitz des Ehemanns der Beklagten sei gegenüber der Klägerin der eines Verwahrers, Nießbrauchers i. S. des § 868 BGB. gewesen. Der Ehemann sei daher nur auf Zeit zum Besitze berechtigt gewesen. Der Besitz sei deshalb mit seinem Tode untergegangen; § 857 BGB. finde mithin keine Anwendung. Der Besitz der Beklagten sei fehlerhaft; sie entziehe der Klägerin den Besitz des Sparbuchs, während sie auf das durch das Buch verkörperte Kapital keinen Anspruch habe.

Das Berufungsgericht verkennt die Bedeutung des § 857 BGB. Danach rückt der Erbe kraft Gesetzes in diejenige Besitzstellung ein, die der Erblasser hatte (RGEntsch. 83, 229). War der Erblasser also wie bisher, unmittelbarer Besitzer, so werden es auch die Erben. Nach den Erläuterungen des Antragstellers, auf dessen Vorschlag in der Kommission für die zweite Lesung des BGB. der § 857 in das BGB. aufgenommen ist, soll die Vorschrift auch dem Erben des Detentors (Mantapars usw.) im Gegensatze zum Eigen- und Nutzungsbesitzer zustatten kommen, weil auch diesem Erben bei einem Streite darüber, ob die Sache zum eigenen Vermögen des Erblassers gehört oder nicht, die Rolle des Beklagten gebührt, weil der Erbe ferner für die Erhaltung und Herausgabe der Sache verantwortlich ist und weil er ein Zurückbehaltungsrecht hat. (Prot. V. S. 652). Auch Unvererblichkeit des dem Erblasser, z. B. wie hier als Nießbraucher zustehenden Rechtes schließt deshalb

den Übergang des auf jenem Rechte beruhenden Besitzes nach § 857 BGB. nicht aus.

Es ist auch nicht richtig, daß der Besitz der Beklagten der Klägerin gegenüber ein fehlerhafter ist. Denn weder sie noch ihr Erblasser haben den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt (vgl. §§ 861[1], 858 BGB.).

Im Endergebnis ist dem Berufungsgericht aber beizustimmen. Da nach den unangefochtenen und rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts die Klägerin auf Grund der Schenkung Gläubigerin der Forderung gegen die Bank geworden ist, so steht ihr nach § 952 BGB. das Eigentum an dem Depositenbuch, das sich auf jene Forderung bezieht, zu. (Warneyer 1909 Nr. 106; RGSt. Entsch. 43, 17). Als Eigentümerin kann aber die Klägerin nach § 965 BGB. von dem Besitzer die Herausgabe des Buches fordern. Der Anspruch steht auch gegen einen von mehreren Mitbesitzern zu, wenn diese wie hier, die tatsächliche Verfügungsgewalt hat. Denn auch dieser macht sich durch seinen Mitbesitz eines Eingriffs in das Eigentumsrecht schuldig, und der dem Eigentümer zustehende Rechtsschutz kann nicht daran scheitern, daß der Störer anderen Personen gegenüber in der Verfügung über den Gegenstand beschränkt sein mag."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 31. Jan. 1918. R. w. P. (OLG. Posen). IV. 360/17.

---

136. Grunddienstbarkeit der Nichtbebaubarkeit mit einem Stall; fällt auch eine Kraftfahrzeughalle darunter?

BGB. §§ 1018. 157.

Zu Lasten des Grundstücks Rotherbaum 913 ist im Grundbuch eine Grunddienstbarkeit eingetragen, nach welcher auf dem Grundstück kein Stall und keine Mistgrube ohne Genehmigung des Eigners des Grundstücks Rotherbaum Nr. 917 angelegt werden darf. Der Beklagte ist Mieter des belasteten Grundstücks und hat darauf eine Anzahl Kraftwagen untergebracht. Auf die Klage verbot das Landgericht diese Benutzung des Grundstücks, weil eine Autogarage i. S. der Grunddienstbarkeit als ein Stall anzusehen sei. ———

Die Berufung des Nebenintervenienten hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es ist richtig, daß die Verhältnisse so liegen können, daß die Gleichstellung einer Autogarage mit einem Stall berechtigt ist. Der in der Deutsch. Bauzeitung 1915, 107, veröffentlichten Entscheidung, auf die der Kläger sich berufen hat, lag gleichfalls zugrunde, daß ein Grundstück mit der Dienstbarkeit belastet war, daß auf ihm kein Stallgebäude errichtet werden dürfe. Das OLG. zu Frankfurt hat dahin erkannt, daß wegen dieser im Jahre 1899 oder später begründeten Dienstbarkeit nach dem Sinn des zugrunde liegenden Vertrags auch keine Autohalle (Garage) darauf erbaut werden dürfe; das

Wort Stallgebäude sei zwar zunächst auf einen Unterkunftraum für Tiere zu beziehen, umfasse doch aber auch weiter die gewöhnlich mit einem solchen verbundenen Räume, wie Kutscherwohnung und Räume zur Unterbringung der Wagen; deshalb sei anzunehmen, daß auch die zur Unterbringung eines Autos bestimmte Garage nach dem Vertrage der Parteien verboten sein solle; ein Auto verursache mindestens ebenso erhebliche Belästigungen für die Nachbarschaft, wie ein Pferdestall; mit Rücksicht darauf, daß das ganze Grundstücksviertel nur mit Villen bebaut werden sollte, müsse angenommen werden, daß die Parteien schon bei Eintragung der Grundgerechtigkeit zwar in erster Linie an ein Verbot der Errichtung von Unterkunfträumen für Pferde gedacht hätten, daß sie aber weiter auch die Errichtung aller solcher Gebäulichkeiten verbieten wollten, die die gleiche Belästigung mit sich bringen. — Diese Entscheidung ist, der Deutsch. Bauzeitung zufolge, vom Reichsgericht bestätigt worden (Urt. v. 2. Januar 1915, V. 341/15).

Zutreffend ist jene Entscheidung auf die Auslegung des Vertragwillens, der die Grunddienstbarkeit begründenden Parteien abgestellt, und zutreffend ist es, daß die Umstände und Verhältnisse des besonderen Falles berücksichtigt sind. Der Wortlaut einer bestellten Dienstbarkeit verträgt in derselben Weise die Auslegung nach dem wirklichen Willen der Beteiligten und Treu und Glauben, wie andre Willenserklärungen und Verträge. Der vorliegende Fall liegt wesentlich anders, als der der Frankfurter Entscheidung zugrunde liegende. Es handelt sich hier zunächst nicht um ein Gelände, das ausschließlich mit Villen bebaut war oder bebaut werden sollte, vielmehr wurde auf dem übrigen, nicht nach der Badestraße zu belegenen Teil des belasteten Grundstücks seit langen Jahren ein Fuhrwerksgeschäft betrieben. So heißt es denn auch im § 3 des diesen andern Teil des jetzigen Grundstücks Nr. 913 betreffenden Vertrags v. 16. Oktober 1857, daß etwaige aufzuführende Gebäude, Mistkisten und Privets 5 Fuß von der Grenze zu bleiben hätten, und daß Geräusch machende oder üblen Geruch verbreitende Geschäfte (Fuhrmannsbetrieb ausgenommen) nicht darin betrieben, auch keine Fabriken angelegt werden dürfen. Sodann aber gibt auch der Vertrag v. 24. März 1873, durch den die Dienstbarkeit zu Lasten des an der Badestraße belegenen Teils des Grundstücks begründet worden ist, deutlichen Anhalt dafür, daß es sich hier keineswegs um ein Verbot aller solcher Gebäude handelte, die mit einem Stall vergleichbar sind. Denn es sind im § 4 des Vertrags ausdrückliche Bestimmungen getroffen, in welcher Weise eine etwa auf dem Grundstück zu errichtende Remise erbaut werden müsse, die Errichtung eines solchen ist also zweifellos nicht verboten. Eine sog. Remise dient der Aufbewahrung von Kutschwagen, die auch in oder vor der Remise gereinigt zu werden pflegen, und eine Kraftwagenhalle oder Autogarage steht einer Remise näher als einem Stall. Auch ist von Bedeutung, daß ein Stall, wobei, wie nach den Umständen selbstverständlich, an einen Pferdestall zu denken ist, besondere Belästigungen, vor allem

Mistgeruch und Fliegenplage mit sich bringt, die bei einer Autohalle nicht vorhanden sind. Daß bestimmt ist, es dürfe auch keine Mistgrube auf dem Platze angelegt werden, deutet darauf hin, daß der Verkäufer sich gerade gegen Belästigung dieser Art schützen wollte.

Es würde unter diesen Umständen zu weit gehen, wenn man den Willen der Vertragschließenden so frei auslegen wollte, daß sie, wenn sie beim Vertragschluß 1873, als Kraftwagen noch völlig unbekannt waren, mit der Errichtung einer Autohalle hätten rechnen können, auch diese untersagt hätten und deshalb eine solche auch verboten sei. Anders würde es liegen, wenn die Parteien einen erweiternden Zusatz, wie Stall ‚oder dergleichen‘ angewendet hätten. So wie es liegt, muß daran festgehalten werden, daß durch die Dienstbarkeit nur die Anlage eines Stalles und einer Mistgrube untersagt ist, aber nicht die einer Autogarage. ———

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 22. Dez. 1916. W. w. K. Bf. V. 232/16. Gr.

---

137. Wieweit gehört das Mobiliar der Frau zu dem Stamme deren Vermögens i. S. des § 1579, Abs. 2 BGB.?

BGB. § 1579.

Die Klägerin hat den Beklagten, ihren geschiedenen Ehemann, auf Gewährung des standesmäßigen Unterhalts in Anspruch genommen. Das Landgericht wies die Klage wegen mangelnder Leistungsfähigkeit des Beklagten ab. Das Oberlandesgericht machte die Zuerkennung einer vierteljährlichen Unterhaltsrente von 135 M von einem Eide der Klägerin abhängig, daß sie an Sparkassenguthaben, in Wertpapieren, Hypotheken oder barem Gelde nicht 2000 M besitze. Auf die Revision des Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Oberlandesgericht nimmt zugunsten des Beklagten an, er sei bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen keinesfalls imstande, ohne Gefährdung seines notdürftigen Unterhalts der Klägerin mehr als 135 M vierteljährlich zu gewähren. Der Beklagte hatte aber eingewandt, daß er von der Unterhaltungspflicht ganz befreit sei (§ 1579 Abs. 2 BGB.), weil die Klägerin den Unterhalt aus dem Stamme ihres Vermögens bestreiten könne. In dieser Beziehung hatte er behauptet, die Klägerin besitze Mobiliar (eine Aussteuer) im Werte von 15000 M und außerdem an Sparkassenguthaben, in Wertpapieren, Hypotheken, barem Gelde oder ausstehenden Forderungen 2000 M. Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, das Mobiliar könne nicht als Stamm des Vermögens im Sinne des § 1579 Abs. 2 angesehen werden, wohl aber müsse die Klägerin, wenn sie 2000 M besitze, zunächst diese zu ihrem Unterhalte verwenden, ehe sie an den Beklagten herantreten könne.

Mit Recht beanstandet die Revision die Erwägung des Oberlandesgerichts, das Mobiliar, das die Klägerin besitzt und das nach der Behauptung des Beklagten einen Wert von 15000 *M* haben soll, könne i. S. des § 1579 Abs. 2 nicht als Stamm des Vermögens angesehen werden, aus dem sich ihr Unterhalt bestreiten lasse. Diese Erwägung entbehrt zum mindesten der nötigen Begründung. Besitzt die Klägerin Mobiliar in einem Umfange, der über das Maß dessen hinausgeht, was ihre Lebensstellung erfordert, so ist nicht ohne weiteres einzusehen, warum sie nicht den entbehrlichen Teil zu Geld machen und dieses Geld ebenso zu ihrem Unterhalte heranziehen könnte wie die 2000 *M*, über deren Besitz ihr das Oberlandesgericht den ihr vom Beklagten zugeschobenen Eid auferlegt hat. Stammvermögen i. S. des § 1579 Abs. 2 ist keineswegs bloß Kapitalvermögen. Auch anderes Vermögen, aus dem sich durch Veräußerung Einkünfte erzielen lassen, gehört dazu. Zwar darf die schuldlos geschiedene Frau nicht darauf hingewiesen werden, ihr Mobiliar in jeder noch so unwirtschaftlichen Weise hinzugeben, nur damit der schuldige Ehegatte von einer Unterhaltsleistung frei bleibe. Vielmehr setzt § 1579 Abs. 2, wie der Senat bereits (Urteil vom 19. 4. 15, IV. 603/14) ausgesprochen hat, immerhin eine solche Verwendbarkeit des Stammvermögens der Frau zu ihrem Unterhalte voraus, die sich wirtschaftlich rechtfertigen läßt, und bei der Beantwortung der Frage, ob eine solche Verwendbarkeit anzunehmen ist oder nicht, werden auch Rechtsvorschriften, wie die in § 1622 nicht außer acht bleiben dürfen. Grundsätzlich gilt aber auch von einem Vermögen der hier in Rede stehenden Art, daß die Frau, soweit der Mann außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts ihr Unterhalt zu gewähren, zuerst den Stamm ihres Vermögens verbrauchen muß, ehe sie solche Unterhaltsbeiträge von ihm verlangen darf, die er ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts nicht abgeben kann (vgl. das Senatsurteil v. 1. 12. 04, IV. 249/04). Die Beurteilung, die das Berufungsgericht der Behauptung des Beklagten über das Mobiliar angedeihen läßt, ist hiernach keinesfalls erschöpfend und nötigt deshalb zur Aufhebung des Urteils." — — —

Urteil des Reichsgerichts (4. Senat) v. 4. März 1918. H. w. H. (OLG. Naumburg). IV. 407/17.

---

138. Unterhaltspflicht des Vaters gegen seinen, ihm von der Ehefrau vorenthaltenen Sohn.

Vgl. 59 Nr. 206 m. N.; 68 Nr. 238; 69 Nr. 217.
BGB. § 1612.

Der zurzeit 14 Jahre alte Kläger ist der eheliche Sohn des Beklagten. Dieser lebt von seiner Ehefrau getrennt und klagt gegen sie auf Ehescheidung. Der Rechtsstreit schwebt noch. Die Kinder des Beklagten und seiner Frau befinden sich bei letzterer, die in Hamburg wohnt. Der Beklagte ist zurzeit

Arbeiter in Berlin. Dem Kläger ist zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen ein Pfleger bestellt worden, der mit der gegenwärtigen Klage Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer wöchentlichen Rente von 5 M begehrt. Der Beklagte verweigert die Zahlung, da er bereit sei und wünsche, den Kläger bei sich im Hause zu unterhalten. Er habe das Recht, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, die ihm aber von der Mutter grundlos verweigert werde. Der Pfleger tue nichts, um ihm das Kind zuzuführen.

Der Klage ist vom 1. Richter mit Recht entsprochen worden.

Der Beklagte ist verpflichtet, den Kläger als seinen ehelichen Sohn zu unterhalten. Gemäß § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB. steht es ihm frei, zu bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit im Voraus der Unterhalt gewährt werden soll. Diese Bestimmung ist hier dahin erfolgt, daß der Beklagte seinem Kinde Naturalverpflegung in seiner Wohnung gewähren will. Eine abändernde Anordnung der Vorm.-Behörde nach Satz 2 des Abs. 2 des § 1612 BGB., die für das Gericht bindend sein würde, ist nicht ergangen. Gleichwohl ist das Verlangen des Beklagten, daß der Kläger der obigen Bestimmung gemäß unterhalten werde, im vorliegenden Fall nicht berechtigt. Der Kläger befindet sich in einem Alter, in dem ein selbständiger Willensentschluß von ihm noch nicht verlangt und jedenfalls von ihm selbst gegen Widerstände seiner Umgebung nicht durchgeführt werden kann. Nun wird das Kind dem Beklagten von der Mutter vorenthalten. Ob mit Recht oder mit Unrecht, kann dahingestellt bleiben, weil der Unterhaltsanspruch des Kindes durch einen Streit der getrennt lebenden Eltern über seinen Verbleib nicht beeinträchtigt werden kann. Der Pfleger kann als solcher diesen Streit nicht zum Austrag bringen, da er lediglich zur Geltendmachung der Unterhaltsansprüche des Kindes bestellt worden ist. Diesen Ansprüchen kann es mithin nicht schaden, wenn der Pfleger gegenüber dem Verlangen des Beklagten auf Zuführung seines Sohnes keine Schritte unternommen hat. Ob der Beklagte seinerseits die Hülfe der Behörden angerufen hat, daß ihm der Kläger ausgeliefert werde, ist unerheblich, solange nicht solche Auslieferung tatsächlich erfolgt ist. Entscheidend ist vielmehr lediglich die Tatsache, daß der Kläger zurzeit von seinem Vater getrennt lebt, daß er diesen Zustand aus eigener Machtvollkommenheit zu beseitigen außerstande ist und daher die ihm vom Beklagten angebotene Naturalverpflegung nicht entgegennehmen kann, die oben erwähnte Bestimmung des Beklagten mithin unausführbar ist, so daß es bei der Regel des Abs. 1 des § 1612 BGB. sein Bewenden behalten muß. Der erkennende Senat hat in diesem Sinne bereits früher entschieden;

vgl. HansGZ. Beibl. 1910 Nr. 92 S. 124; so auch der 2. Senat dieses Gerichts das. 1909 Nr. 63 S. 111; ebenso RGEntsch. 57 Nr. 16 S. 77; JW. 1901 S. 870; Komm. von RGRäten[2], Anm. 2 zu § 1612, Bd. 3, 253.

Dem Beklagten muß es daher überlassen bleiben, zunächst zu versuchen, mit Hülfe der Behörden die Herausgabe des Klägers zu erlangen. Solange

das nicht geschehen ist, ist er gehalten, dem Kläger unter den obwaltenden Umständen den Unterhalt in Gestalt einer Geldrente zu gewähren, deren Höhe von ihm nicht bemängelt worden ist.

Der Berufung mußte der Erfolg versagt werden.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 21. Nov. 1916. F. w. F. Bf. III. 345/16. B.

---

139. Klage des Erblassers gegen den Pflichtteilberechtigten auf Feststellung des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils; zur Auslegung der §§ 1611 Abs. 2, 1621 Abs. 2 BGB.

*Vgl. 64 Nr. 196.

ZPO. §§ 256. 280, BGB. §§ 2333 ff., 1611 Abs. 2, 1621 Abs. 2.

Der Beklagte erhob gegenüber der von seinem Sohne angestrengten Klage auf Gewährung von Unterhalt Widerklage auf Feststellung, daß er berechtigt sei, dem Kläger den Pflichtteil zu entziehen.

Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage statt. Auf die Berufung des Klägers erkannte das Oberlandesgericht auf Abweisung der Widerklage. Die Revision des Beklagten hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Voraussetzung sowohl der Klage aus § 256 als derjenigen aus § 280 ZPO. ist, daß die Klagen die Feststellung eines bestehenden Rechtsverhältnisses zum Gegenstande haben. Das Berufungsgericht hält diese Voraussetzung nicht für gegeben und begründet das, wie folgt: Mit der Widerklage begehre der Beklagte ihrem eigentlichen Inhalte nach einen richterlichen Ausspruch dahin, daß eine etwaige letztwillige Verfügung seinerseits, die dahin gehe, daß dem Kläger der Pflichtteil entzogen werde, Rechtsgültigkeit habe. Die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments könne aber nicht schon zu Lebzeiten des Erblassers im Klagewege festgestellt werden. Die von dem Beklagten etwa beabsichtigte Errichtung einer letzwilligen Verfügung, wodurch dem Kläger der Pflichtteil entzogen werde, äußere ihre Wirkung erst nach dem Tode des Beklagten, habe also nur für die künftige Entstehung von Rechtsverhältnissen Bedeutung: Daraus ergebe sich, daß die Widerklage, welche auf die richterliche Anerkennung der Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung des Beklagten abziele, durch welche dem Kläger der Pflichtteil entzogen werde, tatsächlich die Feststellung einer Rechtsfrage zum Gegenstande habe. Endlich sei nach dem Grundsatze: viventis hereditas non datur (§ 1922 BGB.) die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung eines erbrechtlichen Verhältnisses bezüglich des Nachlasses eines noch Lebenden begrifflich ausgeschlossen. Darauf sei aber die Widerklage gerichtet.

Diese Begründung beruht auf Rechtsirrtum. Wie die Revision mit Recht ausführt, ist es unrichtig, wenn das Berufungsgericht die Frage, ob der Be-

klagte berechtigt ist, dem Kläger den Pflichtteil zu entziehen, mit der anderen, ob ein den Kläger von der Erbschaft ausschließendes Testament rechtsgültig sei, identifiziert. Das Berufungsgericht macht den Fehler, daß es die Begriffe des Pflichtteilrechts und des Pflichtteilanspruchs nicht auseinander hält. Das Pflichtteilrecht ist die Quelle, aus welcher der Pflichtteilanspruch unter gewissen Voraussetzungen gegen die Erben entstehen kann. Notwendiges Erfordernis der Entstehung des Pflichtteilanspruchs ist insbesondere der Tod des Erblassers (§§ 2303, 2317 BGB.). Nur auf den Pflichtteilanspruch paßt also die Erwägung, die das Berufungsgericht aus dem Urteil des Reichsgerichts vom 17. Juni 1901, RGEntsch. 49, 372 anführt, daß begrifflich die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung eines erbrechtlichen Verhältnisses bezüglich des Nachlasses eines noch Lebenden ausgeschlossen sei.

Dagegen äußert das Pflichtteilrecht schon zu Lebzeiten des Erblassers rechtliche Wirkungen. Es ist ein Recht, durch welches seine Testierfreiheit zugunsten seiner Abkömmlinge, Eltern und seines Ehegatten eingeschränkt wird. Demgemäß bestimmte § 1975 des Entw. I eines BGB.: ‚Der Erblasser hat jedem seiner Abkömmlinge usw. soviel zu hinterlassen, daß der Wert des Hinterlassenen die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils erreicht'. Die Vorschrift ist zwar von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. in der Fassung (jetzt § 2303), nicht aber sachlich geändert (Prot. Bd. 5 S. 498). Es hat also noch heute dasjenige Bedeutung, was über die Natur des Pflichtteilrechts in den Motiven ausgeführt ist. Es heißt dort (S. 387 Abs. 2): Es sei davon ausgegangen, daß eine Rechtspflicht des Erblassers bestehe, die ihm gewährte Testierfreiheit nicht zu mißbrauchen, und daß die Pflichtteilberechtigung die Kehrseite dieser Rechtspflicht sei.... Diese Rechtspflicht des Erblassers sei aber nicht als eine unter Lebenden schon begründete obligatorische Verpflichtung anzusehen, bei deren Nichterfüllung die Folgen einträten, welche der Entwurf für den Fall der Nichterfüllung obligatorischer Verpflichtungen bestimme. Der Eintritt der Wirkungen und damit die Entstehung eines gegenwärtigen Rechtes für den Pflichtteilberechtigten knüpften sich lediglich an die objektive Nichterfüllung der vorgeschriebenen Rechtspflicht.

Hiernach wird also ausdrücklich eine bei Lebzeiten des Erblassers gegenüber den pflichtteilberechtigten Personen bestehende Rechtspflicht und eine entsprechende Berechtigung der letzteren anerkannt. Dieses Pflichtteilrecht beruht auf der Verwandtschaft oder der Eheschließung und entsteht ersteren Falls regelmäßig mit der Geburt, letzterenfalls mit der Heirat.

Eine Ausnahme von der dem Erblasser nach dem Gesagten kraft des Pflichtteilrechts obliegenden Hinterlassungspflicht bestimmen nun die §§ 2333ff. BGB. Durch das Vorliegen der dort aufgeführten Pflichtteilentziehungsgründe wird aber, wie das Berufungsgericht im Anschluß an Motive (V S. 430 Abs. 2) richtig sagt, jene Hinterlassungspflicht nicht von selbst aufgehoben,

vielmehr ist damit nur die Voraussetzung gegeben für eine Anordnung des Erblassers, durch welche der letztere in wirksamer Weise das Recht des Pflichtteilberechtigten auf Hinterlassung des Pflichtteils verneint und sich gegenüber dem Pflichtteilberechtigten die volle und unbeschränkte Testierfreiheit verschafft. Es fragt sich, ob eine auf Feststellung dieses Rechtes gerichtete Klage die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses zum Gegenstande hat. Daß dieses vom Gesetze selbst wiederholt als ‚Recht zur Entziehung des Pflichtteils‘ bezeichnete Recht (§§ 2335², 2337) ein gegenwärtiges und nicht etwa ein vom Tode des Erblassers abhängiges zukünftiges Recht ist, ergibt sich schon aus den vorstehenden Erörterungen. Es setzt voraus, daß die in den §§ 2333 und 2334 vorgesehenen Entziehungsgründe bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten sind. Die Entziehung muß durch Errichtung einer letztwilligen Verfügung erfolgen; der Grund der Entziehung muß zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden (§ 2336). Die Ausübung des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils muß also notwendig zu Lebzeiten durch ein vom Erblasser selbst vorzunehmendes Rechtsgeschäft bewirkt werden. Das Recht kann auch noch zu Lebzeiten des Erblassers durch Verzeihung und im Falle des § 2333 Nr. 5 durch Abkehr des Abkömmlings von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel erlöschen (§§ 2337, 2336 Abs. 4).

Eine Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung ist auch gerade aus dem § 1611 Abs. 2 BGB. ebenso wie aus der entsprechenden Vorschrift im § 1621 Abs. 2 zu entnehmen. Denn nach diesen Vorschriften soll das Recht zur Entziehung des Pflichtteils rechtlichen Einfluß ausüben auf Ansprüche unter Lebenden. Aus dem Wortlaut dieser Vorschriften könnte man den Schluß ziehen, daß jene in den §§ 1611², 1621² bestimmten Wirkungen nicht als Folgen des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils gedacht seien, sondern daß lediglich — zur Vermeidung einer Wiederholung der einzelnen Pflichtteilsentziehungsgründe — ein Tatbestandselement des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils auch zum Tatbestandsmerkmal für die Fälle der §§ 1611 Abs. 2, 1621 Abs. 2 habe gemacht werden sollen. Allein das ist nicht der Sinn des Gesetzes. Was zunächst den § 1611 angeht, so ergibt sich das Gegenteil schon aus den Motiven (Bd. 4 S. 701). ——— Demgemäß herrscht auch kein Streit darüber, daß der Unterhaltspflichtige zur Verweigerung des standesmäßigen Unterhalts nicht mehr berechtigt ist, wenn er die Verfehlungen des Unterhaltberechtigten verziehen hat. Ebenso hat das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen, daß das Recht der Eltern, gemäß § 1621 Abs. 2 BGB. die Leistung der Aussteuer zu verweigern, nicht mehr besteht, wenn sich die Tochter zur Zeit der Heirat von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat (RGZ. Bd. 77, S. 162, Warneyer 1916 Nr. 6). Daraus ergibt sich, daß der volle Tatbestand des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils gegeben sein muß, wenn sich die Unterhaltspflicht gegenüber dem Unterhaltberechtigten auf den notdürftigen Unterhalt beschränken und wenn die Aus-

steuerpflicht gegenüber der Tochter in Wegfall kommen soll. Das ist ein weiterer Beweisgrund dafür, daß es nicht richtig sein kann, wenn das Berufungsgericht meint, daß Gegenstand der Widerklage ein erbrechtliches Verhältnis bezüglich des Nachlasses eines noch Lebenden sei. Denn, wie die Revision zutreffend sagt, würde ein Anspruch unter Lebenden, wie es der Unterhalts- und der Aussteueranspruch sind, nicht von einem künftigen erbrechtlichen Verhältnis abhängig gemacht werden können, das bei Lebzeiten des Erblassers noch keiner Entscheidung fähig wäre.

Was die Natur dieses Rechts auf Entziehung des Pflichtteils anlangt, so begründet es allerdings nicht, wie das Landgericht im Urteil vom 8. Juli 1914 annimmt, einen ‚Anspruch'. Denn ein Anspruch (im materiellrechtlichen Sinne), d. i. das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB.), liegt nicht vor, wenn der Berechtigte den Rechtserfolg durch eigene Handlung herbeizuführen vermag. Es handelt sich vielmehr um ein Recht, das in der neueren Rechtssprache in Unterscheidung von den Ansprüchen als Recht des rechtlichen Könnens bezeichnet wird. Als solche kommen namentlich Kündigungs-, Rücktritts-, Anfechtungs- und sonstige Aufhebungsrechte in Betracht. Solche Rechte des rechtlichen Könnens erscheinen in der Regel als Bestandteile eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses und sind dazu bestimmt, dieses zu einer weiteren Entwicklung zu bringen. Dies gilt auch von dem Rechte zur Entziehung des Pflichtteils, das dem Erblasser die Befugnis gewährt, ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis, kraft dessen er verpflichtet ist, gewissen ihm nahestehenden Personen einen Teil seines Vermögens zu hinterlassen, zum Erlöschen zu bringen.

Feststellbar ist nun aber nicht nur ein selbständiges Rechtsverhältnis im ganzen, sondern sind auch die einzelnen Berechtigungen, die nur Ausflüsse jenes weitergehenden Rechtsverhältnisses sind. (JW. 1909, S. 497[2].) Jedes subjektive Recht schafft rechtliche Beziehungen zwischen zwei Personen oder zwischen einer Person und einer Sache, begründet also ein Rechtsverhältnis. Nicht erforderlich ist es, daß das Rechtsverhältnis einen Leistungsanspruch gegen den Beklagten zu begründen oder auch nur vorzubereiten geeignet ist (RGEntsch. 74, 294). Insbesondere ist in der Rechtsprechung und Literatur anerkannt, daß auch die Rechte, eine Rechtsänderung demnächst zu vollziehen, also die sog. Rechte des rechtlichen Könnens, Gegenstand einer Feststellungsklage sein können, wenn auch in solchen Fällen wegen der Möglichkeit, die Willenserklärung, welche die Rechtsänderung herbeiführt, alsbald abzugeben, in der Regel das Interesse an der alsbaldigen Feststellung fehlen wird. So hat das Reichsgericht bezüglich des Kündigungsrechts im Urteil vom 14. Oktober 1902, JW. 1902 S. 605[7] entschieden, während es im Urteil vom 19. Oktober 1910, RGZ. Bd. 74 S. 292 die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 478 BGB. im Wege der Feststellungsklage für zulässig erklärt hat.

Der Umstand, daß die Wirkungen einer auf Grund des in Rede stehenden Kannrechts errichteten letztwilligen Verfügung erst nach dem Tode des Verfügenden eintreten, steht der Annahme nicht entgegen, daß jenes Recht selbst ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis begründet."

Urteil des Reichsgerichts (4. Senat) v. 10. Januar 1918. T. w. T. (OLG. Düsseldorf). IV. 324/17. Auch in Entsch. 92 Nr. 1 S. 1.

---

140. Unterschied zwischen Handelsmakler und Agent.

Vgl. 48 Nr. 48 m. N.; 49 Nr. 31; auch 47 Nr. 279.
HGB. §§ 94 ff.; BGB §§ 652 ff.

Kläger verlangte von der Beklagten die Zahlung von 660 *M* nebst 5% Prozeßzinsen mit der Begründung, daß er im Juni—Juli 1914 eine Reihe von Verkäufen von Gerste für sie als Makler vermittelt habe und dafür insgesamt jene Summe verlangen könne. Diese Geschäfte sind sämtlich nicht ausgeführt, weil die Beklagte, die stets nach dem Schlußschein des Bremer Vereins von Getreide-Importeuren abzuschließen pflegte, von der in diesem Schlußschein enthaltenen Klausel, wonach „der Verkäufer durch Krieg von der Lieferungsfrist entbunden" ist, den Käufern gegenüber nach Ausbruch des Krieges Gebrauch machte. Die Beklagte behauptet, wegen dieser ihr zustehenden Auflösung der Kaufverträge zur Zahlung einer Vermittlungsgebühr nicht verpflichtet zu sein, da Kläger nicht als Makler, sondern als Gelegenheitsagent die Abschlüsse vermittelt habe und die Geschäfte nicht zur Ausführung gelangt seien. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Kläger ist ohne Zweifel nicht Handlungsagent der Beklagten i. S. der §§ 84 ff. HGB. gewesen. Denn das würde voraussetzen, daß er ständig von ihr damit betraut war, Handelsgeschäfte für sie zu vermitteln, so daß er dauernd verpflichtet gewesen wäre, für sie Käufer ihrer Waren zu suchen und auch sonst überall ihr Interesse zu fördern. Er war aber gleichzeitig auch für eine ganze Reihe andrer Bremer Getreideeinfuhrgeschäfte und für einige Getreidehändler in Hannover tätig. Und wenn es auch einem ständigen Handlungsagenten erlaubt ist oder jedenfalls nach Vertragsabsicht oder Gebrauch erlaubt sein kann, für mehrere Konkurrenzgeschäfte tätig zu sein, so wird ihn doch das Verhältnis zu den einzelnen Geschäftsherren immer verpflichten, die Interessen des einen nicht grob hinter die Interessen des andern zurückzusetzen, sondern möglichst gleichmäßig, wenn auch unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse jedes einzelnen, seine Tätigkeit zu verteilen. Die Stellung des Klägers war aber eine noch freiere. Schon die große Zahl der Geschäfte, für die er tätig war, schloß ein dauerndes Verpflichtungsverhältnis zu jedem einzelnen aus. Kläger konnte die Käufer zuführen, wem er gerade wollte, konnte den einen dauernd bevorzugen und den andern ganz ver-

nachlässigen, ohne daß er sich jemandem haftbar machte. Eine Verpflichtung zur dauernden Interessenvertretung bestand also nicht.

Es kann sich nur fragen, ob Kläger zur Beklagten die Stellung eines Handelsmaklers oder eines sog. Gelegenheitsagenten hatte. In Ermangelung ausdrücklicher Abreden läßt sich nur aus den Umständen entnehmen, was von beiden die Parteien wollten, ob also der Kläger die Abschlüsse mit den Käufern objektiv vermitteln, die beiderseitigen Interessen und Angebote zum Ausgleich bringen und dabei auch den Käufern zur Sorgfalt und Auskunft nach §§ 98, 101 HGB. verpflichtet sein oder ob er bei der Vermittlung der einzelnen Geschäfte nur zur Tätigkeit im einseitigen Interesse der Beklagten und nur ihr zur Sorgfalt und Auskunft verbunden sein sollte. Dabei muß der Umstand, daß der Kläger stets nur von der Beklagten Vermittlungsgebühr bekam und nicht von den Käufern, als ein für sich allein entscheidender Anhaltspunkt ausscheiden, da es in den Hansestädten vielfach entgegen der gesetzlichen Regel des § 99 HGB. Gebrauch ist, daß auch die Handelsmakler nur von einer Seite, von den Verkäufern, gelöhnt werden (so auch nach der hamburgischen Mäklergebühren-Taxe).

Dagegen kommt zunächst in Betracht, daß der Kläger sein Geschäft als ein Getreide- und Futtermittel*agentur*geschäft zum Handelsregister angemeldet hat und auch im Bremer Adreßbuch immer nur als Agent aufgeführt, unter den Maklern aber niemals genannt war. Einem Agenturgeschäft gleicht auch mehr der äußere Aufbau seines Geschäfts. Kläger unterhielt Zweigniederlassungen in Hannover und Osnabrück, nach dem Handelsregister auch in Hamburg. Diese Niederlassungen standen in unmittelbarer Verbindung auch mit der Beklagten und den andern Getreidehändlern. Und wenn auch eine persönliche Tätigkeit den Handelsmaklern bei den Vermittlungsverhandlungen nicht vorgeschrieben ist, so ist sie doch Regel und ist jedenfalls die Einrichtung von Niederlassungen in andern Städten, abgesehen von Schiffsmaklern, deren Verhältnisse aber auch besonders liegen, unüblich. Dazu kommt der Umstand, daß sich die Tätigkeit des Klägers auf der Verkäuferseite um einen bestimmten und beschränkten Kreis von Geschäften drehte, von denen er auch allein seine Vergütung erhielt, und daß er deren, vom Bremer Verein der Importeure vorgeschriebene Schlußscheine mit sehr eingehenden Bedingungen stets zur Grundlage der Verträge machte, es sich aber auf der andern Seite um die Aufsuchung immer neuer Verbindungen, namentlich auswärtiger Käufer handelte, die natürlich vielfach wechselten. Das wies darauf hin, daß der Ausgangs- und Mittelpunkt der Tätigkeit des Klägers auf der Seite der Verkäufer lag und er seine Aufgabe mehr darin sah, für sie zu den Bedingungen, die sie setzten, überall Abnehmer zu suchen und zu werben oder durch seine Leute werben zu lassen. — Weiter betrieb der Kläger in demselben Geschäftszweige, in dem er vermittelte, auch ein Geschäft auf eigene Rechnung, was ebenfalls zur Stellung eines Maklers nicht recht stimmen will. — Er

hat auch nicht darauf gerechnet, die besonderen Pflichten, die das Gesetz den Handelsmaklern auferlegt, zu befolgen. Ein eigentliches Tagebuch, wie das Gesetz es bei Strafe zu führen vorschreibt und aus dem der Handelsmakler jederzeit beiden Vertragschließenden muß Auszüge geben können, hat er nicht geführt. — — — Wenn Kläger besonderen Nachdruck darauf legt, daß er nach Abschluß jedes Geschäftes beiden Teilen Schlußscheine zugestellt habe, so kann nicht zugegeben werden, daß es für einen vermittelnden Agenten etwas geradezu fremdes sei, auch dem anderen Teile zur Klarstellung und Festlegung eine Bestätigung der erfolgten Einigung zu geben. Es kommt hier aber noch hinzu, daß der Kläger nach seiner Angabe für den Fall, daß nach seiner Meinung eine Einigung erzielt war, von den Käufern regelmäßig Vollmacht erhielt, in ihrem Namen sofort abzuschließen, und er dies dann auch gewöhnlich tat. Dann war aber die Übersendung eines Schlußscheins auch an die Käufer die einfachste Form der ihm obliegenden Benachrichtigung von dem erfolgten Abschlusse. — Anderseits erkundigte sich der Kläger nach der Kreditwürdigkeit neu zugeführter Kunden, wozu er wohl als Agent, nicht aber unter gewöhnlichen Umständen als Handelsmakler verpflichtet war. — Von besonderer Erheblichkeit ist auch die Art, wie er seine Rechte gegen die Verkäufer geltend machte. Er beanspruchte die Vermittlungsgebühr nicht nach dem Abschluß jedes Geschäfts, sondern sandte über die verdienten Provisionen halbjährliche Aufstellungen — genau wie in § 88 Abs. 4 HGB. vorgesehen ist —; und darin forderte er die Gebühr nicht für jedes in dem halben Jahre abgeschlossene, sondern nur für das in dem Halbjahr zur Abwicklung gelangte Geschäft oder den betreffenden Teil eines solchen. Und daß es sich dabei nicht um ein bloß zeitliches Abhängigmachen von Ausführung und Erfolg des Geschäfts handelte, beweist die Tatsache, daß, wenn der Käufer zahlungsunfähig war, er nichts forderte.

Wenn aber so der Kläger sich selbst als Agenten bezeichnete und auch sonst dementsprechend dem Publikum und insbesondere den Verkäuferkreisen sowohl in der Einrichtung des ganzen Geschäfts wie in der Handhabung der einzelnen Geschäfte entgegentrat, so muß er sich auch gefallen lassen, als Agent in seinen Rechten und Pflichten behandelt zu werden, und war es seine Sache, wenn er das nicht wollte, wenn er Makler sein wollte, dies ausdrücklich zu sagen. Daß er bei manchem, was er tat, insbesondere bei der Anforderung seiner Vergütungen, sich von dem Wunsche leiten ließ, bei seinen Auftraggebern nicht anzustoßen, und ohne die Meinung, daß es rechtlich so sein müsse, macht dabei nichts aus. Es zeigt einmal, daß er selbst bei seinen Auftraggebern einen entsprechenden Willen voraussetzte, dem er sich dann stillschweigend fügte; und sodann kommt es nur darauf an, daß er sich ständig so gab, nicht warum er es tat. Daß übrigens seine Handlungsweise bei Anforderung seiner Provision auch dem tatsächlichen bewußten Willen der Verkäuferkreise entsprach, das beweist der in den Jahren 1910/12 ergangene Beschluß des Vereins der

Bremer Importeure, der für alle Agenten und Makler der Importeure die Vorschriften des § 88 HGB. zur Vorschrift machte.

Ist demnach der Kläger im Verhältnis auch zur Beklagten als ihr Gelegenheitsagent anzusehen, so muß die allerdings zunächst nur für die ständigen Agenten im §§ 84ff. HGB. gegebene Vorschrift des § 88 Abs. 1—3 HGB., wonach grundsätzlich nur für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft Vermittlungsgebühr verlangt werden kann, auf ihn entsprechend angewandt werden. Denn diese Vorschrift hat nicht in der im § 88 Abs. 1—3 vorausgesetzten Dauerhaftigkeit des Verhältnisses, sondern in dem Verhältnisse selbst seinen Grund. Wie der Daueragent bei seiner ganzen Tätigkeit, so erstrebt auch der Gelegenheitsagent bei dem einzelnen Geschäft im Zusammenwirken mit dem Geschäftsherrn einen gemeinsamen wirtschaftlichen Erfolg, für dessen Erreichung er bezahlt wird. Dieses gemeinsame Erstreben eines Erfolges tritt namentlich deutlich hervor bei Vermittlern, die, wie der Kläger, nach dem überreichten Gutachten von dem Geschäftsherrn etwa 40% von dessen Bruttogewinn erhalten. Bei solchem Zusammenschluß zur Gewinnung eines Erfolgs ist es aber selbstverständlich, daß für keinen ein Anspruch auf Gewinn besteht, wenn der Erfolg nicht eintritt. Etwas anderes ist es nur dann, wenn der Geschäftsherr, der nach dem Abschluß das Geschäft in Händen hat, das Seine nicht tut, um es zur Ausführung und damit zum Erfolge zu bringen, und so den Agenten um den Lohn seiner Tätigkeit bringt. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 6. Okt. 1917. L. w. Sch. Bf. VI. 93/17. No.

---

141. Der Anspruch des Agenten auf Provision für die von ihm gutgesagte Erfüllung setzt die Erfüllung des Geschäfts voraus.

HGB. §§ 88. 396; BGB. § 765.

Am 27. Mai 1914 bestellte der Kläger bei der Beklagten für eine amerikanische Gesellschaft einen großen Posten sog. Sealskin-Fabrikate (Seehundfellnachahmungen, Haarplüsche), die nach und nach geliefert und bar bezahlt werden sollten, wobei der Kläger das Delkredere für die Zahlungen der amerikanischen Gesellschaft übernahm gegen eine ihm zu vergütende Provision von 3%, solange er für jene Firma Orders ausführte. Geliefert wurden von der Beklagten statt der bedungenen 1050 nur 152 Stück. Der Kläger verlangte nun u. a. für die nicht gelieferten 898 Stück für jedes die Provision von 3 ℳ, wurde aber mit der Klage in 2. Instanz abgewiesen. Aus den Gründen:

„— — — Der Kläger hat am 27. Mai 1914 beim Abschlusse des Kaufvertrags mit der Beklagten ‚das Delkredere für die Zahlungen' der amerikanischen Gesellschaft übernommen und dafür das Versprechen einer Provision von 3% erhalten. Die Provision ist also von den Kaufpreisen zu berechnen, die die Beklagte als Verkäuferin zu fordern hat. Das Landgericht, das mit Recht und aus zutreffenden Gründen annimmt, daß der Kläger nicht

Selbstkäufer der am 27. Mai 1914 bei der Beklagten bestellten Waren gewesen sei, bewilligt ihm nicht nur die Provision, die er vom Kaufpreise der bisher von der Beklagten gelieferten 152 Stück Ware beansprucht und bereits durch Abzug vom Kaufpreise dieser Ware erhalten hat, sondern spricht ihm die Provision auch insoweit zu, als die Ausführung des Kaufvertrags im übrigen aus einem Grunde unterblieben ist, den die Beklagte zu vertreten hat. Es wendet also auf die Provisionsvereinbarung der Parteien den in den § 88 Abs. 2 und § 396 Abs. 1 HGB. aufgestellten Grundsatz an, demzufolge dem Handlungsagenten und dem Kommissionär die Gebühr, die ihnen in § 88 Abs. 1 und § 396 Abs. 1 Satz 1 grundsätzlich nur für den Fall der Ausführung des durch ihre Tätigkeit zustandegekommenen Geschäfts bewilligt wird, auch dann zukommen soll, wenn ihre Tätigkeit aus Gründen erfolglos bleibt, die in der Person des Geschäftsherrn und des Kommittenten liegen;

vgl. Düringer-Hachenburg HGB. [2] 1, 505 Anm. 3 zu § 88; 3, 628 ff. Anm. 4 zu § 396; Staub HGB. [9] 2, 1104 Anm. 4 und 5 zu § 396.

Die Anwendung dieses Grundsatzes könnte nur eine rechtsähnliche sein. Denn der Kläger, von dem der vorliegende Kaufvertrag als Aufkäufer der amerikanischen Gesellschaft und nach dem Vertraginhalt als deren Vertreter mit oder ohne Vertretungsmacht abgeschlossen worden ist, hat nicht als Agent der Beklagten gehandelt, sondern könnte nur als solcher der Gesellschaft angesehen werden, in deren Namen er den Vertrag abgeschlossen hat (§ 84 Abs. 1 HGB.). Kommissionär war er nicht, da er nicht im eigenen Namen gekauft hat (§ 383 HGB.), und jedenfalls ist seine Geschäftsbesorgung nicht die Erledigung eines ihm von der Beklagten dazu erteilten Auftrags gewesen; sondern es liegt der besondere Fall vor, daß der Vertreter des einen vertragschließenden Teils dem anderen verspricht, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des von ihm Vertretenen einzustehen. Aber auch rechtsähnlich ist der Grundsatz, der das Landgericht zu seiner Entscheidung geführt hat, auf die in Frage kommende Delkredereprovision nicht anwendbar. Die Gebühr, die der Agent trotz Nichtausführung des von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfts zu beanspruchen hat, ist die ihm im § 88 Abs. 1 HGB. zugesprochene und unter ‚der Provision', die dem Kommissionär geschuldet wird, obgleich das Geschäft nicht ausgeführt worden ist, kann nur die ihm nach § 354 Abs. 1 HGB. zukommende Gebühr verstanden werden. Mit diesen Gebühren hat die Delkredereprovision des Agenten, der dem Geschäftsherrn für den Eingang des Kaufpreises haften will, also sich verbürgt

(vgl. Düringer-Hachenburg 1, 500 Anm. 11 zu § 88; St6ub 1, 410 Anm. 14 zu § 84),

und des Kommissionärs, der nach § 394 Abs. 1 HGB. für die Erfüllung der Verbindlichkeit dessen, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittentenabgeschlossen hat, diesem einsteht und dadurch eine bürgschaftähnliche Haftung übernimmt

(vgl. Düringer-Hachenburg 3, 621 Anm. 2 zu § 394; Staub 2, 1100 Anm. 1 zu § 394),

nichts zu tun. Denn, wenn auch — was in gleicher Weise, wie für die Forderung des Kommissionärs, so auch für die des Agenten anzunehmen sein dürfte — der Anspruch auf diese Provision nicht von der Inanspruchnahme aus der übernommenen Haftung abhängig ist, so kann er doch nur insoweit entstehen, als ‚die Erfüllung aus dem Vertragverhältnisse gefordert werden kann‘, es demnach zur Möglichkeit eines Einstehens, zu dem ‚Risiko‘ kommt, das vergütet werden soll

(vgl. Düringer-Hachenburg 3, 625 Anm. 15 und Staub 2, 1101 Anm. 7 zu § 394).

Notwendige Voraussetzung für die Entstehung der Gebühr ist also auch hier die Ausführung des Geschäfts, d. h. der Erfolg der Tätigkeit des Agenten oder des Kommissionärs, aber nicht deshalb, weil durch die Vergütung des Erfolgs die zu diesem führende Tätigkeit vergütet werden soll, sondern um deswillen, weil der Erfolg die notwendige Voraussetzung der übernommenen Haftung ist und eine Haftungsmöglichkeit so lange ausbleibt, als die Tätigkeit des Agenten oder des Kommissionärs nicht zur Begründung einer Hauptschuld führt, für die eingestanden werden könnte. Der Grundsatz des § 88 Abs. 2 und des § 396 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 HGB., nach dem bereits die zur Erreichung des Erfolgs entwickelte Tätigkeit des Agenten und des Kommissionärs belohnt wird, wenn sie aus Gründen erfolglos bleibt, die in der Person des Geschäftsherrn und des Kommittenten liegen, kann deshalb auf die Delkredereprovision auch nicht rechtsähnlich angewendet werden, so wenig sonst der entsprechenden Anwendung der für die Delkredereprovision des Handlungsagenten und des Kommissionärs geltenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall Bedenken entgegenstehen. Soweit die Beklagte den mit dem Kläger als Vertreter der amerikanischen Gesellschaft abgeschlossenen Kaufvertrag noch nicht erfüllt hat, ist eine Kaufpreisforderung der vorleistungspflichtigen Beklagten nicht entstanden. Sie darf in diesem Umfange von der Käuferin die Leistung aus dem Kaufvertrage nicht verlangen und deshalb auch nicht vom Kläger das Einstehen für diese Leistung. Bei entsprechender Anwendung der Regeln über die Delkredereprovision des Agenten und des Kommissionärs kommt also dem Kläger die verlangte Vergütung nicht in weiterem Umfange zu, als er sie bereits empfangen hat.

Dasselbe hat zu gelten, wenn losgelöst von handelsrechtlichen Grundsätzen lediglich auf Grund der Tatsache entschieden wird, daß der Kläger mit der ‚Übernahme des Delkredere‘ der Beklagten sich verbürgt hat. Denn aus der Eigenschaft der Bürgschaft als beigeordneter Schuld folgt, daß sie grundsätzlich das Entstehen einer Hauptschuld voraussetzt, die Vergütung für die Verpflichtung zum Einstehen für die Hauptschuld also nicht gefordert werden kann, wenn und solange keine Hauptschuld entsteht und es deshalb zum Einstehen für diese nicht kommt und nicht kommen kann. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden v. 13. Nov. 1916. W. w. M. & P. 5 O. 21/28 16. F—ch.

---

142. Binnenschiffahrt; nach Annahme des Frachtguts ist eine Minderung durch Sachverständige festzustellen; Einfluß der Unmöglichkeit?

BSchiffG. § 61; HGB. § 609.

„Dem Landgericht muß darin beigepflichtet werden, daß die Beklagte infolge Nichtbeachtung der Vorschrift des § 61 BSchiffG. mit Ansprüchen wegen Mindergewichts ausgeschlossen ist.

Es könnte zunächst in Frage kommen, ob der § 61 im vorliegenden Fall überhaupt Anwendung erleidet. Der 1. Senat dieses Gerichts hat in seiner in HansGZtg. 1898 Hptbl. Nr. 100 abgedruckten Entscheidung ausgeführt, daß die Vorschrift da nicht anwendbar sei, wo die Prüfung des Gutes durch einfaches Wägen, Zählen oder Messen zu erfolgen habe. Gegen diese Auffassung hat sich aber bereits der 3. Senat in seinem in HansGZtg. 1898 Hptbl. Nr. 118 abgedruckten Urteil gewandt, und ihm ist auch Mittelstein (Komm. Anm. 4 zu § 61 S. 256) gefolgt. Auch dieser Senat ist der Auffassung, daß die gesetzliche Vorschrift in allen Fällen zu befolgen ist, wo es sich um Ansprüche wegen einer Beschädigung oder Minderung des Frachtguts handelt. Wenn es in Abs. 1 des § 61 heißt, daß der „Zustand" des Guts durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt werden soll, so kann nicht wohl bezweifelt werden, daß der Zustand auch im Fall einer Minderung in Frage kommt. Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß auch Wägen, Zählen und Messen vielfach nicht einfache, ohne Sachkunde auszuführende Handlungen sind, und daß oftmals Minderung und Beschädigung des Guts zusammenfallen. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß möglicherweise die Beschaffenheit der ausgeladenen Kohlen für die Beurteilung des Umfangs ihrer etwaigen Eintrocknung von Bedeutung sein konnte. Natürlich sind auch Fälle denkbar, wo eine Minderung leicht und einfach von Jedermann festgestellt werden kann; das Gesetz hat aber keine Ausnahme gemacht und muß daher von den Gerichten angewandt werden.

Eine zweite Frage ist, ob von der Befolgung des Gesetzes in solchen Fällen abgesehen werden darf, wo eine Feststellung der Minderung im Rechtssinn unmöglich ist. Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Kohlen sind in Greifern auf eine automatische Wage gelegt und dann in Eisenbahnwagen verladen worden, die nach und nach abrollten. Die Entlöschung hat fünf Tage in Anspruch genommen. Es ist klar, daß bei dieser Art der Entlöschung und Fortschaffung der Kohlen die Feststellung des Gewichts durch amtlich bestellte Sachverständige unausführbar ist oder doch derartige Kosten verursacht, daß eine Unmöglichkeit der Ausführung im Rechtssinn vorliegt. Anderseits kann auch nicht die Rede davon sein, daß eine Verwiegung der Kohlen im Kahne selbst zu beschaffen wäre. Es kann also tatsächlich eine Befolgung der Vorschrift des § 61 nicht stattfinden. Trotzdem besteht keine Möglichkeit, von der Anwendung der gesetzlichen Vorschrift Abstand zu nehmen. Ansprüche wegen Beschädigung und Minderung des Guts können vom Empfänger nur geltend

gemacht werden, wenn eine Feststellung des Zustandes des Guts durch amtlich bestellte Sachverständige erfolgt ist. Damit ist unzweideutig eine solche Feststellung zur Voraussetzung für den Anspruch überhaupt erhoben worden. Das Gesetz hat mit einer Unmöglichkeit der Feststellung nicht gerechnet. Wenn sie tatsächlich im einzelnen Fall besteht, so mag sich eine Härte für den Empfänger ergeben. Zu helfen ist ihm aber nicht.

Die Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, daß in solchen Fällen ein Verzicht des Schiffers auf die Befolgung der Vorschrift anzunehmen sei; da bei Kohlenbeförderungen der Art stets auf die gleiche Weise verfahren werde, billige der Schiffer, der keinen Einspruch erhebe, die Entlöschung und Gewichtsfeststellung ohne Zuziehung amtlich bestellter Sachverständiger. Auch Mittelstein läßt in gewissen Fällen die Annahme eines Verzichts des Schiffers als gerechtfertigt erscheinen. Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Die Befolgung der Vorschrift des § 61 ist lediglich Sache des Empfängers. Sie liegt ihm ob, wenn er Ansprüche wegen Beschädigung oder Minderung des Frachtguts erheben will. Wenn er die Befolgung unterläßt, so tut er das auf seine Gefahr. Der Schiffer hat nicht den geringsten Anlaß, gegen die Nichtbefolgung der Vorschrift oder gegen eine Entlöschung, welche die Befolgung naturgemäß ausschließt, Einspruch zu erheben. Ein stillschweigender Verzicht kann daher unmöglich angenommen werden. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 5. Dez. 1916. S. w. A. Sch. & Co. Bf. VI. 166/16. No.

---

143. Bei Unterlassung der Rüge kann der für angebliches Fehlgewicht zuviel gezahlte Kaufpreis nicht zurückgefordert werden.

HGB. § 378; BGB. § 812.

„Die Beklagte fordert die Rückzahlung des in der Voraussetzung richtiger Gewichtsaufgabe vorausgezahlten Kaufpreises. Sie macht sonach einen Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB. geltend, nicht eine Preisminderung; denn sie verlangt keineswegs Herabsetzung des vereinbarten Kaufpreises. Der in dieser Weise begründeten Widerklage kann daher die Einrede der Verjährung aus § 477 BGB. mit Erfolg nicht entgegengestellt werden. Es ist sonach zu prüfen, ob die Beklagte trotz versäumter rechtzeitiger Rüge im Hinblick auf § 378 HGB. den für das angebliche Fehlgewicht zuviel gezahlten Kaufpreis zurückfordern kann. Diese den Rechtsstreit entscheidende Rechtsfrage ist in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter zu verneinen. Die Rechtsfrage ist bestritten.

Die von dem erkennenden Senat vertretene Ansicht ist die herrschende.

Sie wird u. a. von Staub und Ritter in ihren Komm. zum HGB. und vom Kammergericht (vgl. OLGRspr. 14, 378), von den Oberlandesgerichten Stettin (Goldschmidts Z. 54, 90), Hamm (13, 30) und vom 1. Senat des HansOberlandesgerichts (14, 380) geteilt.

Für die Verneinung der Frage spricht in erster Linie der klare Wortlaut des § 378 HGB. Danach sollen die Vorschriften des § 377 HGB. schlechthin auch dann Anwendung finden, wenn eine andre als die bedungene Menge von Waren geliefert worden ist. Unterläßt also der Käufer die Anzeige, daß zu wenig geliefert sei, so gilt die Ware als genehmigt, d. h. der Käufer kann ebensowenig wegen fehlenden Gewichts irgendwelche Rechte herleiten, wie er es wegen Mängel der Ware könnte. Der Käufer muß die Ware mit ihrem Fehlgewicht als vertragmäßige hinnehmen. Es ist auch nicht einzusehen, warum bei versäumter Rügepflicht der Käufer einer mangelhaften Ware schlechter gestellt sein sollte, als der Käufer einer Ware mit einem Gewichtsmanko, warum jener den vollen Kaufpreis bezahlen sollte, dieser aber den dem Gewichtsmanko entsprechenden Betrag vom Kaufpreis in Abzug bringen könnte.

Für die Verneinung der Frage spricht aber ferner der gesetzgeberische Gedanke, der der Einfügung des § 378 HGB. zugrunde gelegen hat. Die Denkschrift hebt hervor, daß eine Unterscheidung hinsichtlich des Erfordernisses einer Bemängelung bei Qualitäts- und Quantitätsmängeln der sachlichen Begründung entbehre. Diese Unterscheidung sollte beseitigt werden. Man wollte den dem § 377 zugrunde liegenden Zweckgedanken, daß im Handelsverkehr der Verkäufer nicht ungebührlich darüber im Ungewissen gelassen werden solle, ob seine Lieferung als vertragmäßig angenommen werde oder nicht, ausdrücklich auf die Fälle ausdehnen, wo es sich um Quantitätsmängel handelt.

Die Bejahung der Rechtsfrage zugunsten der Beklagten würde dazu führen, daß Beanstandungen des Käufers wegen Fehlgewichts an der Ware noch nach Ablauf von Jahrzehnten berücksichtigt werden müßten. Eine solche Beeinträchtigung des Handelsverkehrs hat und kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Dem Landgericht ist aber auch darin zu folgen, daß der Ausnahmefall des § 378 HGB. hier nicht vorliegt. Nach Sachlage ist zu verneinen, daß die nach der Behauptung der Beklagten in Wirklichkeit nur gelieferte Menge offensichtlich von der Bestellung so erheblich abgewichen habe, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers für ausgeschlossen hätte betrachten müssen. Das Mindergewicht der Lieferung betrug nach der Behauptung der Beklagten nur um und bei 4%. Auch weist das Landgericht mit Recht darauf hin, daß die Beklagte so lange Zeit gebraucht habe um selbst das Untergewicht zu bemerken. Unter diesen Umständen kann von einer offensichtlichen, im Sinne des Gesetzes erheblichen Abweichung der gelieferten Menge von der Bestellung nicht die Rede sein. An dieser Beurteilung ändert auch nichts der Umstand, daß die Beklagte angeblich infolge des Fehlgewichts Schaden bei dem Weiterverkauf der gekauften Ware erlitten hat. Sie steht sich nicht anders als ein Käufer, der wegen Versäumung der Rügepflicht

eine mit Mängeln behaftete Ware als vertragmäßige Erfüllung gelten lassen und sie unter dem Einkaufspreise weiterverkaufen muß. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 11. Dez. 1917. — A. & B. (Bkl.) w. Schn. — Bf. III. 181/17. B.

II. Verfahren.

144. Unzulässigkeit der Erhebung von Pauschsätzen bei Gewährung von Gebührenfreiheit.

GKG. §§ 6, 80 b.

Auf die Erinnerungen eines Zahlungspflichtigen hat das Oberlandesgericht die Erhebung von Pauschsätzen in dem Falle, wo Gebührenfreiheit gemäß § 6 GKG. gewährt wurde, für nicht gerechtfertigt erachtet. Aus den Gründen:

„Das Reichsgericht (6. Zivilsenat) hat in den eingehend begründeten Beschlüssen vom 23. Februar und 29. Dezember 1911 (Entsch. 75, 311; 78, 126) entschieden, daß sich die im § 98 GKG. den Bundesstaaten im Verfahren vor dem Reichsgericht gewährte Befreiung von Zahlung der Gebühren nur auf die Gerichtsgebühren einschließlich der Gebührenzuschüsse, nicht aber auf die Auslagenpauschsätze des § 80 b GKG. erstreckt, da diese nicht als Gebühren anzusehen seien. In dem Beschluß vom 22. Oktober 1914 (Entsch. 85, 358) läßt es der 4. Zivilsenat des Reichsgerichts unentschieden, ob an dieser Rechtsauffassung festzuhalten oder den Bedenken beizupflichten sein würde, die dagegen in der Literatur hervorgetreten und in einer gutachtlichen Auslassung des preußischen Justizministeriums vom 27. Mai 1911 näher begründet worden sind.

Das Beschwerdegericht ist der Anschauung, daß nach dem Wortlaut des § 80 b GKG. der Betrag der Pauschsätze, die zur Deckung der von den Parteien nicht zu ersetzenden baren Auslagen erhoben werden, von der ‚zum Ansatze gelangenden Gebühr' abhängt, und daß dies auf die Annahme hinweist, daß die Entstehung einer Gebühr zugleich eine sachliche Voraussetzung für den Anspruch auf den Pauschsatz bildet, dieser also nicht als eine unabhängige und selbständige Kostenforderung dem Fiskus erwachsen kann (s. RGEntsch. 85, 361). Dies nimmt auch das Bayerische Oberste Landesgericht an, das in einem Beschluß vom 5. Dezember 1913 (Entsch. 14, 677) sagt, in der streitigen Rechtspflege werde seit dem Gesetz vom 1. Juni 1909 (RGbl. 475) in den Fällen des § 6 GKG. überhaupt keine Auslage mehr erhoben; denn Auslagen kämen nach dem § 80 b jetzt nur mehr in der Form des Pauschsatzes zu den einzelnen zum Ansatz gelangenden Gebühren zur Erhebung, der Pauschsatz setze also voraus, daß eine Gebühr zum Ansatze gelangt, was in den Fällen des § 6 GKG. nicht zutreffe.

Der gleichen Anschauung ist Neumüller in den Bl. f. RA. 74, 592 Anm. 73 und Rittmann GKG.[6], 306. Die Nichterhebung eines Pauschsatzes in den Fällen, wo nach § 6 GKG. Gebührenfreiheit gewährt wird, entspricht auch dem Rechtszustand, der durch den § 80a des Gerichtskostengesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 29. Juni 1881 geschaffen war, wonach Schreibgebühren nicht erhoben wurden für die von Amtswegen anzufertigenden Ausfertigungen und Abschriften in den Fällen der §§ 4, 6, 16, 45, 47, 57, soferne in denselben keine Gebühren zu erheben sind.

Beschluß des Oberlandesgerichts München (1. Senat) v. 26. April 1918. BeschwReg. 66/18.

---

145. Rechtsstellung des Hauptintervenienten im Fall des § 75 ZPO.

ZPO. § 75.

Die Klägerin klagte eine ihr von dem Kaufmann V. abgetretene Kaufgeldforderung gegen die Firma O. G. in H. ein. Da der Kaufmann L. behauptet hatte, daß ihm die Forderung schon früher abgetreten worden sei, verkündete die Beklagte ihm den Streit, und als L. daraufhin als Hauptintervenient in den Rechtsstreit mit der Erklärung eintrat, er nehme die Klageforderung für sich in Anspruch, hinterlegte die Beklagte die eingeklagte Hauptsumme von 2310 M bei ihren Prozeßbevollmächtigten und beantragte, sie aus dem Rechtsstreit zu entlassen. Diesem Antrage wurde vom Landgericht entsprochen und diese Entscheidung wurde rechtskräftig. Nach weiterer Verhandlung beantragte die Klägerin, den Hauptintervenienten L. zu verurteilen, darein zu willigen, daß die hinterlegten 2310 M nebst Zinsen ihr ausgekehrt würden. — In 1. Instanz wurde demgemäß erkannt, während in 2. Instanz diese Verurteilung nur in Höhe von 201 M, nämlich zu dem Teil der Klageforderung aufrechterhalten wurde, der nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme früher an den L. abgetreten worden war. Die übrigen 2109 M wurden der Klägerin zugesprochen; die gesamten Prozeßkosten wurden dem Hauptintervenienten L. auferlegt. — Aus den Gründen:

„Die Zulässigkeit der vom Hauptintervenienten eingelegten Berufung kann nicht zweifelhaft sein. Mit der Entlassung der Beklagten aus dem Rechtsstreit ist diese als Partei ausgeschieden, abgesehen lediglich vom Kostenpunkt. Parteien sind im übrigen nur mehr die Klägerin und der Hauptintervenient.

Dieser braucht im Gegensatz zum Nebenintervenienten sein Interesse nicht darzutun noch glaubhaft zu machen. Ebensowenig bedarf es einer Prüfung der Identität des Anspruchs der Klage und des Hauptintervenienten. Für seinen Eintritt wie auch für die Entlassung der Beklagten ist vielmehr ausschließlich der § 75 ZPO. entscheidend, der lediglich voraussetzt, daß der Dritte die klagend geltendgemachte Forderung tatsächlich für sich in Anspruch nimmt (RGEntsch. 34, Nr. 105, S. 403). Einer besonderen Zulassung bedarf

es nicht. Es genügt, daß auf Streitverkündigung hin ein Dritter in der mündlichen Verhandlung erklärt, die Klageforderung für sich in Anspruch nehmen zu wollen. Es kommt alsdann lediglich darauf an, ob nunmehr der Beklagte seine Entlassung aus dem Rechtsstreit beantragt.

Diese Entlassung darf nach § 75 ZPO. nur erfolgen, wenn der Beklagte den eingeklagten Betrag mit Nebenleistungen, insbesondere Zinsen bis zur Hinterlegung, hinterlegt. (Stein, ZPO.[10] Bem. II. 5 zu § 72 S. 223). Vorliegendenfalls hat die Beklagte nur die Klagesumme selbst, nicht auch die geforderten Zinsen, hinterlegt. Dem Antrage der Beklagten, sie aus dem Rechtsstreit zu entlassen, durfte daher nicht entsprochen werden (RG. 9. Okt. 1889 in JW. 1889, S. 430[4]). Tatsächlich hat nun aber das Landgericht die Entlassung der Beklagten durch Erkenntnis v. 21. Juni 1916 ausgesprochen. Die Entscheidung über den Entlassungsantrag erfolgt, wenn er abgelehnt wird, durch Zwischenurteil, wenn ihm stattgegeben wird, durch Endurteil, das der Berufung unterliegt (OLGRspr. 1, 429, 13, 67 f.; SeuffA. 45, Nr. 218). Vorliegendenfalls ist das die Entlassung aussprechende Urteil des Landgerichts rechtskräftig geworden. Damit ist eine Entscheidung über die mitgeforderten Zinsen, soweit sie in die Zeit bis zur Hinterlegung der Klagesumme fallen, unmöglich geworden, wie das Landgericht am Schluß seiner Gründe auch nicht verkennt. Die Parteien haben dieser Sachlage durch die im gegenwärtigen Rechtszustand gestellten Anträge Rechnung getragen und nur noch Zinsen vom Tage der Hinterlegung an beansprucht.

In der Sache selbst handelt es sich lediglich noch um den Streit zwischen der Klägerin und dem Hauptintervenienten darüber, wer von ihnen das bessere Recht hat. Wer unterliegt, hat auch die Kosten der bisherigen Beklagten zu tragen, die insoweit noch am Rechtsstreit teilnimmt. Auf die Frage, ob die Klägerin mit Recht von der Beklagten den eingeklagten Betrag gefordert hat, kommt es danach überhaupt nicht mehr an. (RGEntsch. 63, 322). — — —

Die Kosten des Rechtsstreits, einschließlich der der bisherigen Beklagten erwachsenen, mußten den Hauptintervenienten gemäß §§ 92 Abs. 2, 97 ZPO. vollen Umfangs treffen, da die Zuvielforderung der Klägerin nur verhältnismäßig geringfügig war und besondere Kosten nicht verursacht hat. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 31. Jan. 1918. L. w. R. B. (Kl.) Bf. III. 335/16. B.

---

146. Der die Klage zurücknehmende Kläger trägt die Kosten des Nebenintervenienten der Beklagten auch im Fall eines Vergleichs.

Vgl. 63 Nr. 261 m. N; 69 Nr. 257.

ZPO. §§ 101. 66. 271.

Das Reichsgericht hat ausgesprochen, daß für den Fall der Zurücknahme der Klage der Kläger auch die Kosten des seinem Gegner beigetretenen



Nebenintervenienten zu tragen hat (PW. 1904[18]). Dieser Entscheidung hat sich der 2. Senat dieses Gerichts in einem Beschlusse v. 3. März 1901 (SeuffA. 61 Nr. 209) angeschlossen, und auch der jetzt erkennende Senat tritt ihr im Ergebnis sowohl wie in der Begründung, auf welche hierdurch verwiesen wird, bei. Der Nebenintervenient hat auch einen Anspruch darauf, daß diese Verpflichtung des Klägers durch Urteil ausgesprochen werde (§ 271 Abs. 3 a. E.) Wenn diese Gesetzesvorschrift nur von einem Antrage des Beklagten, auf Grund dessen solche Entscheidung zu erfolgen habe, spricht, so ist in § 67 ZPO. ausdrücklich ausgesprochen, daß gleichwie die Hauptpartei auch der Nebenintervenient zur rechtswirksamen Vornahme aller Prozeßhandlungen befugt ist. Allerdings ist diese letztere Befugnis dahin eingeschränkt, daß die Prozeßhandlungen des Nebenintervenienten nicht in Widerspruch zu denen der von ihr unterstützten Hauptpartei stehen dürfen, und vorliegendenfalls hat die von den beiden Nebenintervenienten unterstützte Beklagte deren Antrag auf Verurteilung der Klägerin zur Tragung der Kosten der Nebenintervention ausdrücklich widersprochen. Die Unzulässigkeit des Widerstreits einer Prozeßhandlung des Nebenintervenienten zu einer solchen der Hauptpartei greift aber nur da Platz, wo durch sie das zwischen diesen beiden Personen bestehende Verhältnis berührt wird (RGEntsch. 56, 115), nicht aber, wo es sich wie hier um einen selbständigen Rechtsanspruch des Nebenintervenienten gegenüber dem Gegner der von ihr unterstützten Hauptpartei handelt.

Hat hiernach mit Recht das Landgericht dem Antrage der Nebenintervenienten auf Verurteilung der Klägerin zur Tragung der Kosten der Nebeninterventionen stattgegeben, so wird an diesem Ergebnis auch dadurch nichts geändert, daß vorliegendenfalls die Zurücknahme der Klage infolge eines ohne Hinzuziehung der Nebenintervenienten, unter den Hauptparteien abgeschlossenen Vergleichs erfolgt ist, nach welchem alle Prozeßkosten bis auf die Kosten des Anwalts der Klägerin von der Beklagten getragen werden sollten, und daß für den Fall des Abschlusses eines solchen Vergleichs nach Lehre und Rechtsprechung (vgl. Seuffert ZPO. Bem. 2d zu § 101 und die dort angeführten Erkenntnisse) die Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention nach Maßgabe der in dem Vergleiche getroffenen Kostenregelung zu fällen ist. Denn das nächstliegende Ereignis bildet die Klagezurücknahme, und dieses Prozeßereignis und nicht seine hinter ihm liegende Ursache hat dem Gericht zur Grundlage einer Entscheidung zu dienen. Ob die jetzt zur Kostentragung verurteilte Klägerin sich nach dem Vergleich an der Beklagten wird erholen können, braucht hier nicht erörtert zu werden.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (4 Sen.) v. 13. Okt. 1916 i. S. K. & Sohn (Kl.) w. R. & P. Bs. IV 86/16. No.

---

147. Kosten der Nebenintervention, wenn infolge eines Vergleichs der Parteien die Klage fallen gelassen wird.

Vgl. vor. Nr. m. Nachw.
ZPO. §§ 101, 271, 66.

Das Landgericht hat die durch die Nebenintervention verursachten Kosten, nachdem die Parteien sich dahin verglichen hatten:

„Klägerin verzichtet auf den Anspruch und nimmt die Klage zurück. Der Beklagte trägt alle Gerichtskosten und seine eigenen Anwaltskosten. Die Klägerin trägt ihre Anwaltskosten",

der dem Beklagten beigetretenen Nebenintervenientin auferlegt. Die hiergegen rechtzeitig erhobene Beschwerde ist zum Teil begründet.

Darauf, daß im Fall der Zurücknahme der Klage der Kläger nach § 271 ZPO. die Kosten zu tragen hat, und in solchem Fall dem Kläger auch die durch die Nebenintervention des dem Beklagten Beigetretenen verursachten Kosten nach § 101 ZPO. zur Last fallen müssen (vgl. HansGZ. 1917 Beibl. Nr. 15), kann sich der Beschwerdeführer freilich nicht berufen. Denn hier ist die Klage in Wirklichkeit nicht zurückgenommen, sondern nur im Vergleich ist ein entsprechender Ausdruck gebraucht und überdies regelt der Vergleich selbst die Kosten abweichend von der im Fall einer wirklichen Klagezurücknahme nach § 271 gegebenen gesetzlichen Folge. Auch von einer analogen Anwendbarkeit jenes Grundsatzes kann also keine Rede sein.

Wenn aber das Landgericht Gewicht darauf legt, daß es sich hier nur um die der Nebenintervenientin erwachsenen Kosten handle und nach dem Vergleich die Klägerin die dem Beklagten erwachsenen Kosten nicht zu tragen habe, und hieraus folgert, daß die Nebenintervenientin die in Rede stehenden Kosten allein tragen müsse, so kann dem nicht zugestimmt werden. Ob nur der Nebenintervenientin selbst erwachsene Kosten in Frage stehen, kann nach dem Gesetze keinen Unterschied machen. Daß nach dem Vergleich die Klägerin die dem Beklagten erwachsenen Kosten nicht zu tragen hat, ist richtig. Wohl aber hat sie nach dem Vergleich einen gewissen Teil der gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Da der Inhalt des Vergleichs auch für die Entscheidung über die durch die Nebenintervention verursachten Kosten maßgebend sein muß (HansGZ. 1914 Beibl. Nr. 121 und dort aufgeführte), so müssen die Klägerin diese Kosten nach § 101 insoweit treffen, als sie selbst dem Beklagten gegenüber mit Kosten belastet ist, d. h in dem Verhältnis, in dem ihre eigenen Anwaltskosten zu den Gerichtskosten und den Anwaltskosten des Beklagten stehen. Nur den überschießenden Teil der durch die Nebenintervention verursachten Kosten hat die Nebenintervenientin selbst zu tragen.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 9. Mai 1917 G. Chr. w. L. & L. Bs. 7. IV. 48/17. Nö.

---

148. Maschinen können für einen Handwerker nach § 811 Nr. 5 ZPO. unentbehrlich sein.

Vgl. 67 Nr. 96 m. N.

ZPO. § 811 Nr. 5.

Dem Schuldner, Beschwerdeführer, welcher Tischler ist und in den von ihm gemeinsam mit seiner Ehefrau gemieteten Räumlichkeiten die Tischlerei mit Maschinen und maschinellen Werkzeugen betreibt, sind von dem Gläubiger Maschinen und Werkzeuge im Wege der ZwVollstreckung gepfändet worden. Auf seine Einwendung sind ihm gewisse Maschinen und Werkzeuge freigegeben worden. Auf die Beschwerde des Gläubigers hat das Landgericht den amtsgerichtlichen Beschluß aufgehoben und die Einwendung des Schuldners gegen die Art und Weise der ZwVollstreckung völlig verworfen.

Dieser Entscheidung ist nach der Sachlage nicht zuzustimmen. Nach § 811[5] ZPO. sind der Pfändung bei Handwerkern die zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unentbehrlichen Gegenstände nicht unterworfen. Der Schuldner ist Handwerker; daß er in seinem Betriebe Maschinen und durch Maschinenkraft getriebene Werkzeuge verwendet, steht seiner Einreihung in diese Klasse der Gewerbetreibenden nicht im Wege. Anderseits sind nun zwar Maschinen und maschinelle Werkzeuge in der Regel nicht solche Gegenstände, welche einem Handwerker zur persönlichen Ausübung oder Fortsetzung seines Berufs unentbehrlich sind, durchweg werden sie vielmehr von Gehülfen oder Arbeitern bedient werden und deshalb nicht zu den in § 811 ausgenommenen Gegenständen gehören. Im vorliegenden Fall aber ist glaubhaft gemacht, daß die hier fraglichen Sachen dem Schuldner zur Fortsetzung seiner beruflichen Erwerbstätigkeit in der Tat unentbehrlich sind. Der Beschwerdeführer ist im Kriege als Soldat verwundet und hat von der Verwundung einen lahmen linken Arm zurückbehalten, auch ist die linke Hand gelähmt. Er kann deshalb seinen Beruf nicht mehr mit eigener Handarbeit betreiben, sondern ist für seine eigene persönliche Tätigkeit auf Hülfe der Maschinenkraft angewiesen, und zwar, wie nach dem Gutachten des Gewerbekammersachverständigen W. anzunehmen ist, auf die Hülfe eben der hier in Rede stehendenden Maschinen und Werkzeuge, zu deren Bedienung es nur einfacher, von ihm mit einer Hand auszuführender Handgriffe bedarf. Auf eigene Tätigkeit ist aber der Schuldner, der Kapital nicht zur Verfügung hat, angewiesen. Wenn er früher und insbesondere auch zur Zeit der Pfändung wegen des Zustandes seines Armes noch nicht wieder selbsttätig war, so darf dieser vorübergehende, durch den Krieg geschaffene Umstand doch nicht dahin führen, dem Schuldner den Schutz des Gesetzes, den dieses den Schuldnern zur Ermöglichung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gewähren will, zu versagen. — — —

Beschluß des OLG. zu Hamburg (Fer. Sen.) v. 14. August 1916. R. w. J. Bs. Z. IV. 81/16. B.

149. Gehört der Lohnanspruch des Mäklers zu seiner Konkursmasse, wenn der vermittelte Vertrag erst nach der Konkurseröffnung abgeschlossen wird?

KO. §§ 1, 67; BGB. §§ 158, 652.

Über das Vermögen des Beklagten wurde am 26. Juli 1916 der Konkurs eröffnet. Am 19. Oktober 1915 hatte Beklagter von Frau B. den Auftrag erhalten, ihr Anwesen zu verkaufen, wofür ihm Provision versprochen wurde. Der Beklagte war im Sinne des Auftrags tätig geworden und hatte einen Kaufliebhaber ausfindig gemacht, mit dem am 6. Sept. 1916 ein Kaufvertrag zustande kam. Auf die hinterlegte Provision zu 2400 *M* erhoben sowohl der Konk.-Verwalter als auch der Beklagte Anspruch, welcher letztere geltend macht, daß er noch bis zum Ausbruch des Konkurses hin für den Kaufabschluß tätig gewesen sei und daß sich die Vertragteile erst nach der Konk.-Eröffnung, allerdings ohne seine persönliche Tätigkeit, über die Höhe der Anzahlung und die Gutmachung des Kaufpreises geeinigt hätten. — Das Landgericht wies die Klage des Konk.-Verwalters auf Einwilligung in die Herausgabe des hinterlegten Betrags ab, weil vor dem Abschluß des Kaufvertrags v. 6. Sept. 1916 kein Provisionsanspruch des Beklagten bestanden habe, der hinterlegte Betrag daher nicht zur Konk.-Masse gehöre. In 2. Instanz wurde der Beklagte verurteilt. Aus den Gründen:

„Die Konk.-Masse umfaßt das gesamte einer Zw.-Vollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, das ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (KO. § 1). Sie umfaßt demnach auch diejenigen Ansprüche des Gemeinschuldners, die ihm zur Zeit der Konk.-Eröffnung schon erworben waren. Ob ein Erwerb vor oder nach der Konk.-Eröffnung gemacht ist, bestimmt sich nicht nach dem tatsächlichen Zufallen des Erwerbes, sondern nur nach dem Zeitpunkt, in welchem der Rechtsgrund des Erwerbes entstanden ist:

RGEntsch. 52, 51; Willenbücher KO.[3] Bem. 17 zu § 1; Jaeger KO. § 1 Anm. 54.

Aufschiebend bedingte Ansprüche sind daher „erworbene Rechte"; sie gehören zur Konk.-Masse, auch wenn die Bedingung erst nach der Konk.-Eröffnung eintritt, wie umgekehrt auch eine aufschiebend bedingte Verbindlichkeit des Gemeinschuldners zu ihr gehört;

§ 67 KO.; Jaeger KO. § 1 Anm 57; BGB. von RGR. Bem. 5 vor § 158.

Was in der Vertragsbedingung gilt, gilt auch in der Rechtsbedingung (conditio juris) und der Potestativbedingung:

Jaeger KO. § 1 Anm. 57; Sarwey-Bossert KO.[4] Bem. zu § 1 S. 43/44.

Die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns ist bedingt dadurch, daß der Mäkler den in Aussicht genommenen Erfolg herbeiführt (Planck Bem. VI vor § 652). Es handelt sich um die doppelte aufschiebende Be-

dingung, daß der angestrebte Vertrag infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande kommt;

Staudinger BGB. Bem. zu § 652.

Die Lohnzusage erfolgt unter der rein potestativen Rechtsbedingung des Abschlusses mit einem Dritten;

Staudinger a. a. O.; RG. in Warneyer 1908 Nr. 510.

Demnach kann es auch beim Erwerb der Mäklerlohnforderung jedenfalls nicht darauf ankommen, wann die Potestativbedingung des Abschlusses des angestrebten Vertrags eingetreten ist; die Forderung auf Mäklerlohn entsteht vielmehr wie jeder andere aufschiebend bedingte Anspruch beim Zustandekommen des Mäklervertrags selbst. Es besteht von da an bereits eine rechtliche Gebundenheit des Versprechenden und dementsprechend im Vermögen des Mäklers eine rechtlich geschützte Anwartschaft, deren Entwicklung zu dem vollständigen Anspruch von der Tätigkeit des Mäklers und dem durch ihn herbeigeführten Erfolg des Abschlusses des zu vermittelnden Vertrages abhängt;

Warneyer a. a. O.; RGEntsch. 57, 21, 22.

Wird die Tätigkeit des Mäklers vor der Konk.-Eröffnung beendigt, so kann kein Zweifel bestehen, daß der Anspruch auf den Mäklerlohn im Augenblick der Konk.-Eröffnung auch bereits zu seinem Vermögen gehört, mag auch der Abschluß des vermittelten Vertrags erst nach der Konk.-Eröffnung erfolgen. Gegebenenfalls ist aber die Tätigkeit des Beklagten am 26. Juli 1916 beendet gewesen. Nach der Konk.-Eröffnung haben sich die Parteien des zu vermittelnden Vertrags auf der vom Beklagten geschaffenen Grundlage über die wenigen verhältnismäßig nebensächlichen Punkte, die nach Beendigung der Tätigkeit des Beklagten noch offengeblieben waren, geeinigt und den Kaufvertrag verbrieft. Es braucht daher nicht geprüft zu werden, wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn auch nach der Konk.-Eröffnung noch die Tätigkeit des Beklagten als Mäkler festgesetzt worden wäre und ob in diesem Fall nach dem Grundsatze, daß die Arbeitskraft des Gemeinschuldners und seine Erwerbstätigkeit während des Konkurses nicht für die Masse nutzbar gemacht werden kann (Jaeger Anm. 6 zu § 1), der Mäklerlohn ganz dem Gemeinschuldner selbst zufallen müßte oder ob etwa eine verhältnismäßige Teilung des Mäklerlohns zwischen der Masse und dem Gemeinschuldner im Sinne der Entscheidung des Reichsgerichts bei Warneyer 1908, 404 einzutreten hätte. Hier, wo nur die ohne weitere Tätigkeit des Gemeinschuldners erfolgte Einigung der Vertragteile und die Beurkundung des Vertrags ausstand, handelt es sich zweifellos um einen für die Konk.-Masse bereits entstandenen Erwerb, der tatsächlich allerdings erst nach der Konk.-Eröffnung anfiel.

Der Mäklerlohnanspruch „gehörte“ also am 26. Juli 1916 dem Gemeinschuldner. Er unterlag auch der Zw.-Vollstreckung.

Es besteht Einigkeit darüber, daß bedingte Forderungen übertragbar und pfändbar sind;

§ 400 BGB. §§ 844, 851 ZPO., Kom. von RGRäten Bem. 2 zu § 398 und Bem. 5 vor § 158; Planck BGB. Bem. 4b zu § 398.

Es sind sogar im eigentlichen Sinne künftige Forderungen wenigstens für den Fall pfändbar, daß für die Forderung in einem Vertragverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Drittschuldner eine ausreichende Grundlage gegeben war;

RGEntsch. 74, 82, JW. 1913, 132[8]; Gruchot 58, 577/8; DJZ. 1904, 698, 745 und hinsichtlich der künftigen Forderungen aus Dienstvertrag und ähnlichen Rechtsverhältnissen Tuhr in DJZ. 1904, 426 ff.

Der Klageanspruch ist demnach gerechtfertigt und war deshalb das Urteil des Landgerichts, das irrtümlich von dem Begriffe der „Entstehung des Anspruchs" i. S. des § 198 BGB. — Zeitpunkt des actio nata — ausgegangen ist, aufzuheben.

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 10. Februar 1917. L. 587/16.
F—z.

---

150. Gebühr des Korrespondenzanwalts bei Wahrnehmung eines Beweistermins.

RAGeb.O. § 44, 45.

Die Prozeßgebühr aus § 44 RAGebO. wird nicht, wie das Landgericht annimmt, dadurch ausgeschlossen, daß der Korrespondenzmandatar noch eine andere Tätigkeit entwickelt, insbesondere noch einen Beweistermin wahrgenommen hat. In einem solchen Falle erhält er neben der Beweisgebühr aus § 45 die volle Prozeßgebühr aus § 44, 1 Satz 1, sofern die Voraussetzungen für die Zubilligung dieser Gebühr vorliegen,

vgl. Walter Joachim, GebO. f. RA. § 44 Anm. 4, Sydow-Busch, Geb. f. RA. § 45 N. 1, RG. in JW. 98, 576; 99, 746; 1900, 124, OLGRspr. 13, 262; 15, 195; 21, 161; 27, 233.

Der vom Reichsgericht in RGEntsch. 26, 377 und vom Oberlandesgericht Dresden in Sächs. Ann. 12, 384 vertretenen Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Beschluß des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 24. Mai 1918.
J. C. Reg. 86/18. Ch.

I. Bürgerliches Recht.

151. Unerfahrenheit i. S. des § 138 Abs. 2 BGB.

Vgl. 69 Nr. 231.
BGB. § 138 Abs. 2.

Am 26. März 1917 kaufte der Kläger vom Beklagten einen Teil des Mobiliars der Villa des Beklagten — Tische, Stühle, Sofas, persische Teppiche usw. — zum Gesamtpreise von 7120 M. Zwei Tage darauf verweigerte der Beklagte die Erfüllung mit der Begründung, als er sich inzwischen neue Teppiche habe kaufen wollen, habe er bemerkt, daß der Wert der verkauften 4—5mal so hoch sei als der dafür festgesetzte Preis; der Kläger habe die Unerfahrenheit des Beklagten wucherisch ausgebeutet. Später behauptete er ein ähnliches Mißverhältnis zwischen Wert und Preis auch mit Bezug auf den übrigen Teil der Einrichtung.

Der Kläger erhob Klage auf Herausgabe des gekauften Mobiliars Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises. Beide Vorinstanzen erkannten nach seinem Antrage. Die Revision war erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht hat ausgeführt, unstreitig habe der Beklagte die Preise für die verkauften Gegenstände, die in der Hauptsache Luxusgegenstände seien, selbst bestimmt und vorgetragen, daß er damit den Selbstkostenpreis wiedererlange. In seinem Bestätigungsschreiben vom 26. März 1917 mache er aber ausdrücklich darauf aufmerksam, daß es sich um gebrauchte Sachen handle, die er seit vielen Jahren in Benutzung habe. Erfahrungsgemäß seien gebrauchte Sachen früher weit unter dem Einkaufspreise bezahlt worden. Der Beklagte habe daher genau gewußt, daß Möbel und Teppiche während des Krieges unverhältnismäßig im Preise gestiegen waren. Auch er habe sich diese Konjunktur zunutze gemacht und einen weit höheren Preis verlangt, als er unter normalen Verhältnissen hätte erzielen können. Wenn es richtig sei, daß im März 1917 für derartige Gegenstände die jetzt von ihm behaupteten Preise gezahlt wurden, so habe er sich nicht in Unkenntnis über die aufsteigende Preisbildung, sondern höchstens in einem Irrtum darüber befunden, wie weit diese schon vorgeschritten war. Danach sei er nicht unerfahren gewesen.

Geht man davon aus, daß der Beklagte die Tatsache der durch den Krieg bewirkten außerordentlichen Verteuerung der Gegenstände gekannt hat,

so ist Wucher zutreffend verneint worden. Unerfahrenheit (§ 138 Abs. 2 BGB.) bedeutet einen Mangel an Lebenserfahrung und Kenntnis geschäftlicher Dinge im allgemeinen oder auf beschränkten Gebieten des menschlichen Wirkens, der seinem Wesen nach eine Einschränkung der Fähigkeit zur Wahrnehmung oder richtigen Beurteilung von Zuständen und Geschehnissen zur Folge hat (vgl. JW. 1904 S. 585 Nr. 32; Warn. 1916 Nr. 128). Eine allgemeine Geschäftsunkenntnis wird hier nicht behauptet; wollte man aber die Verwertung gebrauchter Einrichtungsgegenstände als ein beschränktes Tätigkeitsgebiet auffassen, auf dem sich Erfahrung oder Unerfahrenheit geltendmachen könnte, so ist doch die entscheidende Tatsache, daß infolge des Krieges die Preise außergewöhnlich angezogen hatten, dem Beklagten nicht fremd gewesen. Mit Unrecht meint die Revision, auch die Unkenntnis über den Umfang der Preissteigerung stelle eine Unerfahrenheit im Sinne des Gesetzes dar. Kann sich solche auch auf einen bestimmten Kreis von Geschäften beschränken (z. B. Recht 1913 Nr. 1564: Grundstückshandel in einer Großstadt), so darf der Begriff doch niemals in die Unkenntnis des einzelnen Falles verflüchtigt werden. Sowohl der gewöhnliche Sprachgebrauch wie das Gesetz versteht unter Unerfahrenheit eine dem Menschen anhaftende Eigenschaft. Auch daran ist nicht zu denken, daß der streitige Vertrag, wie die Revision dies gleichfalls verteidigt, dem Abs. 1 des § 138 unterstellt werden dürfte. Die besondere Unkenntnis des Einzelfalls, auch wenn sie zu dem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung hinzutritt, läßt einen Vertrag überhaupt nicht als unsittlich erscheinen. Liegen die Voraussetzungen des § 123 vor, so können diese Umstände zu einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung Anlaß geben; ohne weiteres machen sie das Geschäft nicht nichtig."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 19. April 1918. Z. w. F. (Kammergericht). II. 485/17.

---

152. Gültigkeit einer mündlichen Abrede neben dem Inhalt des Bestätigungsschreibens?

Vgl. 62 Nr. 200 m. N.
BGB. § 242.

Die wegen Nichtlieferung verkaufter 5000 Kochgeschirre der Fabrikation der Beklagten auf Grund des § 326 BGB. erhobene Schadenersatzklage wurde abgewiesen, weil es der Beklagten wegen Schwierigkeiten mit Presse und Werkzeugen subjektiv unmöglich gewesen sei, rechtzeitig zu liefern, und dadurch kraft mündlicher Abrede der Parteien Schadenersatzansprüche des Klägers ausgeschlossen wären. Die Revision war ohne Erfolg. Aus den Gründen:

„Das Oberlandesgericht nimmt auf Grund der Beweisaufnahme an, daß nach der dem Bestätigungsschreiben des Klägers vom 26. Sept. 1914

vorangegangenen mündlichen Abrede die Beklagte von der rechtzeitigen Lieferung habe entbunden sein sollen, wenn sich erhebliche Hinderungsgründe in der Rohstoffbeschaffung und in der Aufstellung der Maschinen ergeben würden, und hält die Fortgeltung dieser Abrede für gegeben, obwohl es in dem Bestätigungsschreiben heiße, daß die Beklagte gegen den 15. Okt. mit der Lieferung der Geschirre beginnen solle.

Die Revision greift die letztere Erwägung als rechtsirrig an, weil diese angebliche Abrede dem Bestätigungsschreiben widerspreche, mindestens ihm eine ganz fremde Bestimmung hinzufüge, die Bedeutung einer ausdrücklich gegenbestätigten oder, wie hier, widerspruchslos hingenommenen, also durch Stillschweigen bestätigten schriftlichen Bestätigung aber gerade darin bestehe, daß sie für das endgültige Vereinbarte maßgebend sein müsse und der Gegenbeweis des mündlich anders verabredeten ausgeschlossen sei.

Die Rüge versagt. Das Bestätigungsschreiben des Klägers sollte ein Beweismittel für den bereits mündlich abgeschlossenen Vertrag schaffen. Wird ein solches Schreiben von dem Empfänger widerspruchslos angenommen und damit gebilligt, so trifft darauf an sich der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannte Grundsatz zu, daß ein über den Abschluß eines Rechtsgeschäfts aufgesetztes Schriftstück den vereinbarten Inhalt des Rechtsgeschäfts richtig und vollständig wiedergibt. Das ist aber lediglich eine tatsächliche Vermutung, die durch die Feststellung entkräftet werden kann, daß die Vertragparteien zur Zeit der Abfassung des Schriftstücks die Fortgeltung einer darin nicht aufgenommenen Abrede noch wollten. Zur Führung dieses Gegenbeweises ist der Nachweis besonderer Gründe, aus dem die Abrede nicht in das Schriftstück aufgenommen ist, nicht unbedingtes Erfordernis. Schon die Sachlage, möglicherweise die Erheblichkeit der Abrede, kann die Annahme rechtfertigen, daß die Parteien an ihr festhalten wollten. Im vorliegenden Falle nahmen, was das Oberlandesgericht mit Recht betont, die Eingangsworte des Bestätigungsschreibens auf die vorangegangene Unterredung der Parteien ausdrücklich Bezug. Hierbei hat der Kläger auf die Bemerkung des Vertreters der Beklagten, er werde vielleicht Schwierigkeiten mit der Aluminiumbeschaffenheit und auch mit den Maschinen haben, geantwortet: „Wenn Sie nicht liefern können, dann können Sie eben nicht liefern, was ist denn dabei?" Die (vorstehend wiedergegebene) Auslegung dieser Erklärungen seitens des Oberlandesgerichts und die daran geknüpfte Erwägung, es erscheine schon an und für sich natürlich, daß die Parteien die Fortgeltung eines für die Beklagte so wesentlichen Vorbehalts auch für den Fall gewollt hätten, daß er nicht ausdrücklich in das Bestätigungsschreiben aufgenommen würde, sind rechtlich einwandfrei. Da dieses aber auf die Unterredung der Parteien ausdrücklich hinwies, so war darin nach Treu und Glauben deutlich auch der Vorbehalt einbegriffen, und es bedurfte keines Widerspruches der Beklagten gegen die Fassung des Schreibens, um ihr die

Rechte aus dem Vorbehalt zu erhalten. Dazu kommt, daß auch die Klausel des Schreibens: „Sie liefern mir die ersten 5000 Stück Ihrer Fabrikation, die gut ausfallen", andeutet, daß sich die Parteien mit der Möglichkeit beschäftigt haben, daß bei der Fabrikation Schwierigkeiten entständen, welche die Güte des Fabrikats beeinflussen könnten. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 4. Mai 1918. B. w. R. (OLG. Düsseldorf). I. 15/18.

---

153. Spezieskauf bei zukünftigen Sachen; Ersatzanspruch gemäß § 281 BGB.

Vgl. 72 Nr. 27. 94.
BGB. §§ 243, 281.

Die Klägerin kaufte von der Beklagten am 19. Jan. 1915 35 Tonnen Wolframerz, und zwar die nächsten 35 Tonnen, welche sie in ihrer Grube in T. erzeugen würde. Die Beklagte lieferte nur 19173 kg; die Lieferung des Restes wurde ihr unmöglich, weil durch Verfügung des Generalkommandos in C. vom 15. Nov. 1915 auf Grund der Bundesratsverordnung vom 24. Juni 1915 sämtliche auf dem Wolframvorkommen in T. vorhandenen und hinzutretenden Bestände an Wolfram in Erzen, in Mischerzen und auf Halden, sowie in Legierungen und Verkleidungen, ferner Wolfram in Schlacken, in Neben- und Zwischenerzeugnissen und Rückständen beschlagnahmt wurden. Der Abbau, die Förderung sowie die Aufbereitung im eigenen Betrieb blieb der Beklagten gestattet, sie durfte jedoch die gewonnenen Wolframerze und sonstigen wolframhaltigen Stoffe nur an die Kriegsmetall-Aktiengesellschaft in Berlin verkaufen. Die Beklagte hat ihre gesamten nach der Beschlagnahme geförderten Wolframerze an die genannte Aktiengesellschaft abgeführt.

Mit der Behauptung, daß die Beklagte für die 25827 kg der Klägerin noch zu liefernden Wolframerze einen Mehrgewinn von über 6000 ℳ erzielt habe, klagte die Klägerin gemäß § 281 BGB. auf Zahlung von 6000 ℳ. Landgericht und Oberlandesgericht wiesen die Klage ab, das Reichsgericht hob auf aus folgenden Gründen:

Das Berufungsgericht hat den Klaganspruch deshalb zurückgewiesen, weil von den den Gegenstand des Kaufes der Klägerin bildenden nächsten zu fördernden 35 Tonnen Wolfram dasjenige Quantum, mit dessen Lieferung die Beklagte im Rückstande war (25827 kg), zur Zeit der Beschlagnahme noch nicht in die Erscheinung getreten sei; dasselbe sei nämlich als Teil des Grundstücks noch in der Grube gewesen und hätte erst gebrochen und zutage befördert, möglicherweise auch noch einer Behandlung im Magnet- und Säureverfahren unterzogen werden müssen, während der von der Kriegsmetallgesellschaft gewährte Kauf- oder Enteignungspreis eine Gegenleistung für die fertige Ware, also einen neuen Gegenstand, gebildet habe und des-

halb nicht als Ersatz für den geschuldeten Gegenstand, der sich zur Zeit der Beschlagnahme noch im Zustande der Unfertigkeit befunden habe, angesehen werden könne. Diese Auffassung ist nicht frei von Rechtsirrtum.

Der Verkauf der nächsten auf der Grube in T. zu fördernden 35 Tonnen Wolframerz stellt sich nicht als eine Gattungsschuld, auch nicht als sog. „beschränkte" Gattungsschuld, sondern als Speziesschuld dar. Es handelte sich um den Kauf einer erst zu erzeugenden, also erst künftig zur Entstehung gelangenden, einer zukünftigen Sache. Auch an einer solchen ist ein Spezieskauf sehr wohl denkbar. Er liegt dann vor, wenn die Parteien den Vertraggegenstand nicht nur nach Merkmalen bezeichnen wollten, sondern sich beim Vertragabschluß die den Gegenstand des Vertrages bildenden Sachen als konkrete Sachen vorgestellt haben. Letzteres ist aber hier der Fall. Aus der von den Parteien gewählten Ausdruckweise ist zu schließen, daß diese bestimmten, zunächst geförderten 35 Tonnen Erz als ganz konkret vorgestellte Sachindividua den Gegenstand des Vertrages bilden sollten. Sobald sie gefördert waren, traten sie, ohne daß noch, wie bei der Gattungsschuld irgendeine besondere Ausscheidung aus der Gattung zur Konkretisierung des Leistungsgegenstandes seitens der Schuldnerin in Frage kommen konnte, als der von vornherein vorgestellte Vertraggegenstand von selbst in die Erscheinung. Gingen sie nach der Förderung unter, so konnte sich die Beklagte auf Unmöglichkeit der Erfüllung (BGB. § 323) berufen, und es griffen nicht etwa die Grundsätze des § 243 BGB. Platz.

Der Annahme, daß es sich im vorliegenden Falle um einen Spezieskauf handelt, stehen auch die Zwecke, die von den Parteien mit einer solchen Vereinbarung erstrebt wurden, und namentlich auch der Umstand nicht entgegen, daß es möglicherweise der Klägerin darauf angekommen ist, tunlichst schnell in den Besitz des gekauften Erzes zu gelangen und gegenüber der Konkurrenz einen Vorsprung zu gewinnen. Denn dieses Ziel ließ sich eben am leichtesten und sichersten gerade dadurch erreichen, daß man die Beklagte verhinderte, über ihre künftige Produktion zum Nachteil der Klägerin zu verfügen, indem diese ganz bestimmten, künftig zunächst zur Entstehung gelangenden 35 Tonnen als der Klägerin verkauft galten.

Durch die Beschlagnahme verlor die Beklagte nicht die Möglichkeit, diese 35 Tonnen Wolfram herzustellen, d. h. das Erz zu brechen und bergmännisch aufzubereiten, denn die Beschlagnahmeanordnung beließ der Beklagten ja den weiteren Abbau, die Förderung und die Aufbereitung. Es stand also nichts im Wege, daß die 35 Tonnen in die Erscheinung treten konnten. Nur die Möglichkeit, sie der Klägerin zu liefern, fiel fort, denn in dem Augenblick, wo sie zur Entstehung gelangten, wurden sie von der Beschlagnahme ergriffen und durften nur noch an die Kriegsmetall-Aktiengesellschaft abgeliefert werden. Der von der letztgenannten Gesellschaft gezahlte Kauf- oder Enteignungspreis ist also gerade für denjenigen Gegenstand bezahlt, welcher

zugleich den Gegenstand des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags bildete; denn mochten die 35 Tonnen beim Vertragabschluß selbst noch im Zustande der Unfertigkeit sein, so war es doch die Absicht der Parteien, daß sie im aufbereiteten Zustande der Klägerin geliefert werden sollten. Es war also von vornherein mit ihrer künftigen Entstehung gerechnet.

Die vom Berufungsgericht gebilligte Rechtsansicht führt auch zu ganz offenbarer Unbilligkeit. Es ist nicht verständlich, aus welchen Gründen es für die Stellung eines Käufers eines Kalbes, das von einer bestimmten, zur Zeit trächtigen Kuh demnächst geworfen wird, in bezug auf § 281 BGB. von Bedeutung sein könnte, ob die Beschlagnahme vor oder nach der Geburt des Kalbes angeordnet ist.

Das vom Berufungsgericht herangezogene Schrifttum behandelt ganz andere Fälle und steht mit der Auffassung des Revisionsgerichts keineswegs im Widerspruch. Werden dem Schuldner die Rohstoffe, aus denen er den geschuldeten Gegenstand herstellen will, beschlagnahmt und enteignet oder durch Zwangskauf entzogen, so kann allerdings der § 281 BGB. keine Anwendung finden, weil es an dem Erfordernis der Identität fehlt. Denn der Rohstoff, für den das Entgelt gewährt wird, ist etwas ganz anderes, als die aus ihm erst herzustellende Sache, und insofern kann man in solchem Fall allerdings sagen, der Leistungsgegenstand ist überhaupt noch nicht in die Erscheinung getreten, d. h. für den Leistungsgegenstand ist das Entgelt nicht bezahlt (im einzelnen siehe Lehmann, Kriegsbeschlagnahme S. 44 und Anm. 4 auf S. 110, ferner Starke in JW. 1915, 564). Der andere vom Ber.-Richter zitierte Fall betrifft die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Gattungsschuld wegen Beschlagnahme sämtlicher zur Gattung gehörigen Sachen und Herstellung anderer Sachen, für die dann die Vergütung bezahlt wird, aus den beschlagnahmten Sachen; auch hier fehlt es an der Identität (im einzelnen s. Löwenwarter i. d. JW. 1915 S. 111).

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 9. März 1918. B. w. W. (OLG. Jena). I. 235/17. Auch in Entsch. 92 Nr. 94 S. 369.

---

154. Unmöglichkeit der Vertragerfüllung infolge einer durch die Kriegsdauer bedingten Veränderung der Verhältnisse.

Vgl. 71 Nr. 157 m. N.; 223; 72 Nr. 47.
BGB. § 275.

Laut Bestätigungsbrief vom 20. Dez. 1913 verkaufte die Beklagte der Klägerin 1000 kg Vanillin „drei Eulen"-Marke für 31 ℳ oder 38,30 Frs. pro kg, Lieferzeit auf sukzessiven Abruf innerhalb 12 Monaten (also bis 20. Dez. 1914) mit einer vorauslaufenden Respektfrist von drei Monaten, Erfüllungsort für beide Teile Hamburg, mit der Klausel „Krieg, Arbeiterstreiks, Betriebstörungen, Explosion, Feuersbrunst, Überschwemmung, Roh-

lenmangel und andere unvorhergesehene Hindernisse, welche die Produktion verringern, verzögern oder unmöglich machen, befreien uns für die Dauer der Behinderung von der Einhaltung der vereinbarten Lieferzeit." Auf den Vertrag wurden 720 kg geliefert, die letzten Mengen am 5. und 21. Aug. 1914. Mit Brief vom 10. März 1917 bestritt dann die Beklagte ihre Verpflichtung, die noch ausstehenden 280 kg nach Beendigung des jetzigen Krieges zu den Vertragsbedingungen zu liefern, indem sie sich auf Unmöglichkeit der Lieferung infolge veränderter Verhältnisse berief. Die Klägerin klagte auf Feststellung, daß der Vertrag nicht aufgehoben sei. Landgericht und Oberlandesgericht wiesen die Klage ab. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

Der Klage gegenüber kann sich die Beklagte auf die in gerichtlichen Entscheidungen vgl. Hans. GZ. 1915 Hauptblatt Nr. 18 und 1916 Nr. 40, Nr. 128) wiederholt behandelte, im Tatbestande mitgeteilte Befreiungsklausel nicht berufen. Diese würde nur die Feststellung rechtfertigen, daß die Beklagte während des gegenwärtigen Krieges nicht zur Lieferung verpflichtet ist. Sie würde ihr aber nicht ohne weiteres das Recht geben, sich mit Rücksicht auf den Krieg vom ganzen Vertrage endgültig loszusagen. Anderseits ist klar, daß die Beklagte dadurch, daß sie die Klausel in den Vertrag aufgenommen hat, nicht auf die ihr nach dem Gesetze zustehenden Rechte verzichtet hat. Gesetzlich ist sie von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den sie nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden ist, § 275 BGB. Diese Voraussetzung ist als vorliegend zu erachten.

Den Gegenstand des Vertrages bildete eine Ware (Vanillin „drei Eulen"-Marke), welche von der Beklagten bis zum Ausbruche des Krieges auf chemischem Wege aus Nelkenöl hergestellt wurde, das aus Gewürznelken gewonnen wurde, die über See aus dem Auslande, insbesondere aus der englischen Kolonie Zanzibar, bezogen wurden. Die Lieferung einer aus neu einzuführenden Nelken hergestellten Ware ist durch den Krieg tatsächlich unmöglich geworden, weil die Heranschaffung der Gewürznelken aus überseeischen Ländern während des Krieges nicht erfolgen kann. Soweit aber Vorräte an Nelken oder fertige Ware beim Kriegsausbruche vorhanden waren, hat das Gericht keinen Zweifel, daß sie inzwischen — nach mehr als dreijähriger Dauer des Krieges — verbraucht worden sind und auch schon verbraucht waren, als die Beklagte im März 1917 den Vertrag für erloschen erklärte. Die Klägerin hat auch Gegenteiliges nicht behauptet. Nun ist zwar richtig, daß eine nur vorübergehende Unmöglichkeit der Lieferung der Klage nicht entgegenstehen würde. Aber eine solche liegt offenbar nicht vor. Die lange Dauer des Krieges, die Unabsehbarkeit des Zeitpunktes seiner Beendigung sowie die Ungewißheit der künftigen Wirtschaftslage rechtfertigen vielmehr die Feststellung, daß die Lieferung der Ware im Sinne des § 275 BGB. für die Beklagte dauernd unmöglich geworden ist. Durch den Krieg

und seine Folgen würde sich ihre Leistung, wenn sie nach seiner Beendigung zu erfolgen hätte, derart geändert haben, daß die nachträgliche Lieferung der Ware nicht mehr als sinngemäße Erfüllung des im Dezember 1913 zur Lieferung innerhalb zwölf Monaten geschlossenen ursprünglichen Vertrages gelten könnte. Das Heranschaffen der Nelken aus dem Auslande würde sich unter wesentlich veränderten Umständen vollziehen. Das gleiche würde gelten von der Erlangung der zur Herstellung der Ware benötigten Chemikalien. Der Waren- und Frachtenmarkt und das Valutenverhältnis würden gegenüber dem Zustande von 1913/14 durchgreifende Veränderungen aufweisen. Die Beklagte hat der Klägerin auch nicht etwa (vgl. den tatsächlich anders liegenden Fall Hans. GZ. 1917 Nr. 77 und JW. 1916 S. 487) zugesagt, daß sie ohne Rücksicht auf die Dauer des Krieges nach dessen Beendigung unter allen Umständen liefern wolle, auch wenn sich infolge der zeitlichen Verschiebung die wirtschaftliche Bedeutung der Leistung gänzlich geändert hätte. Der in der Klausel getroffenen Vereinbarung, daß die darin genannten Ereignisse die Beklagte für die Dauer der Behinderung von der Einhaltung der Lieferzeit befreien sollten, kann eine solche Bedeutung unmöglich beigelegt werden.

In dieser Instanz hat die Klägerin erklären lassen, sie lege kein Gewicht darauf, eine aus Gewürznelken hergestellte Ware zu erhalten, sondern verlange nur ein chemisch reines Fabrikat. Durch diese Erklärung wird die Rechtslage nicht geändert. Verkauft war eine Ware, die aus Gewürznelken hergestellt wurde. Auf die Lieferung einer anderen Ware hat die Klägerin kein Recht.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 22. Jan. 1918. T. & Co. w. F. & Co. Bf. III. 217/17. B.

---

155. Rücktritt vom Vertrage wegen vertragwidrigen Verhaltens des Gegners bei Probelieferungen.

Vgl. 59 Nr. 32; 61 Nr. 129; 66 Nr. 44.
BGB. §§ 242. 320.

Der Kläger hatte am 5. Aug. 1916 von der Beklagten 4000 Flaschen Sekt zur Abnahme nach Bedarf bis Ende Nov. 1916, Zahlung gegen Auslieferung des Duplikatfrachtbriefs, gekauft. Er erbat und erhielt von der Beklagten zunächst unberechnet zur Probe 12 Flaschen und später 24/2 und 36/2 Flaschen ebenfalls zur Probe. Mit der Bezahlung dieser beiden letzten Lieferungen geriet er in Verzug. Er ließ sich verklagen, fruchtlos pfänden, und erst als er zum Offenbarungseide vorgeladen wurde, zahlte er den geschuldeten Betrag. Als dann der Kläger eine weitere Bestellung auf 24/2 Flaschen machte, lehnte die Beklagte deren Lieferung ab und trat vom Vertrage zurück. Sie begründete ihren Standpunkt mit der Zahlungsunfähigkeit des

Klägers und der weiteren Tatsache, daß er keine Erlaubnis zum Handel mit Lebensmitteln besitze. Der Kläger verlangt Schadenersatz wegen Nichterfüllung, macht geltend, daß er ein vermögender Mann sei und daß ihm die Erlaubnis zu agenturweisem Handel mit Lebensmitteln erteilt sei. Seine Klage ist abgewiesen worden. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

Das Landgericht meint, daß die Beklagte an sich verpflichtet gewesen sei, den verkauften Wein zu liefern. Dem vermag sich das Ber.-Gericht nicht anzuschließen. Allerdings kann sich die Beklagte nicht ohne weiteres auf die Zahlungsunfähigkeit des Klägers berufen. Denn war diese schon zur Zeit des Vertragabschlusses vorhanden, hätte die Beklagte das Geschäft rechtzeitig anfechten müssen. Wäre sie aber nachträglich eingetreten, so hätte die Beklagte zwar die Vorleistung oder Sicherheitsleistung des Klägers verlangen, nicht aber vom Vertrage zurücktreten können.

Trotzdem erscheint der Rücktritt der Beklagten vom Vertrage berechtigt. In Schrifttum und Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, daß bei Abruf-Lieferungsgeschäften der vertragtreue Teil zur Lösung des Vertrages befugt sei, falls der andere sich erheblicher positiver Vertragverletzung schuldig gemacht hat. Der Grund dieser Berechtigung liegt darin, daß es dem vertragtreuen Teile, der mit dem andern Erfahrungen gemacht hat, welche eine ordnungsmäßige Durchführung des Vertrages als ausgeschlossen erscheinen lassen, nicht zugemutet werden soll, seinerseits durch Fortsetzung des Verhältnisses neuen Gefahren sich auszusetzen.

Nun liegt zwar im vorliegenden Falle die Sache nicht so, daß sich der Kläger bei Ausführung des Vertrages selbst einer positiven Vertragverletzung schuldig gemacht hat. Aber der zu beurteilende Sachverhalt verlangt eine entsprechende Anwendung des erwähnten Grundsatzes. Der Kläger hat sich während der Vertragzeit Probesendungen machen lassen, welche nicht unmittelbar unter den Vertrag fielen, weil dieser nur ganze, nicht halbe Flaschen vorsah. Anderseits aber handelte es sich um die gleiche Ware und sollten diese halben Flaschen als Proben zum Zwecke der Weiterveräußerung der gemäß dem Hauptvertrage abzunehmenden Ware dienen. Wenn dann der Kläger den Kaufpreis für diese kleinen Mengen schuldig blieb, sich verklagen, pfänden ließ und erst nach Erhalt einer Ladung zur Leistung des Offenbarungseides zahlte, so handelte er derart vertragwidrig, daß der Beklagten nicht zugemutet werden konnte, die weit größeren Mengen Weins, welche sie nach dem Hauptvertrage zu liefern hatte, abzusenden. Dabei ist es gleichgültig, ob die Zahlung gegen Auslieferung des Duplikatfrachtbriefes zu erfolgen hatte. Schon die gegebenenfalls nutzlose Versendung der Ware schuf der Beklagten Mühe, Gefahr, Zeit- und Geldverlust. Wenn der Kläger vortragen läßt, daß er in guten Vermögensverhältnissen sei und die Beklagte mit ihrem Verhalten nur habe ärgern wollen, so mag die Wahrheit dieser sonderbaren Behauptung auf sich beruhen bleiben. Wäre sie tatsächlich wahr,

so würde der Verzug des Klägers nur noch schärfer zu beurteilen sein. Denn wer dem nicht säumigen Vertragteile gegenüber vorsätzlich und ohne Not seine Pflichten verletzt, kann diesem gewiß nicht die Erfüllung zumuten.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 21. Febr. 1916. K. w. Ch. Bf. VI. 296/17. Nö.

---

156. Kauf „zu einem noch zu vereinbarenden Preise"; liegt ein fester Kauf vor?

Vgl. 11 Nr. 233; 20 Nr. 218; 29 Nr. 30; 30 Nr. 237; 69 Nr. 30.
BGB. §§ 433, 315 ff.

„Die Möglichkeit des Abschlusses eines festen Kaufes unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Beklagte bis zum 5. Okt. 1913 der Klägerin gegenüber die Erklärung abgab, die Einrichtungsgegenstände kaufen zu wollen, unterliegt keinem Bedenken und wird auch von der Revision nicht in Frage gezogen. Zweifel ergeben sich nur insofern, als die Worte: „zu einem noch zu vereinbarenden Preise" auf das Fehlen einer Einigung der Vertragschließenden über den Kaufpreis hinzudeuten scheinen. Das Ber.-Gericht ist jedoch mit Recht davon ausgegangen, daß nicht der buchstäbliche Sinn des Ausdrucks, sondern der wirkliche Wille der Erklärenden maßgebend sei, und es ist bei Würdigung der ganzen Sachlage zu der Überzeugung gelangt, daß man sich in der Tat auch schon über den Preis geeinigt habe, und zwar dahin, daß dessen Höhe nach billigem Ermessen zu bestimmen sei, möge nun diese Bestimmung durch die Beklagte oder durch Sachverständige oder, was eher anzunehmen, durch die Klägerin, als die Verkäuferin, zu erfolgen haben. Daß eine solche Auslegung unmöglich sei, kann der Revision nicht zugegeben werden. Vereinbarungen wie die vorliegende, oder wie die: „über den Preis werden wir uns schon einigen", sind im Verkehr auch bei Verträgen, die von beiden Teilen als fest abgeschlossen angesehen werden, nichts Ungewöhnliches. Sie sind, in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte für die Preisfestsetzung, nach Treu und Glauben dahin zu verstehen, daß der Preis nach billigem Ermessen, und zwar gemäß § 316 BGB. im Zweifel durch den Verkäufer zu bestimmen ist, daß jedoch der Käufer gemäß § 315 Abs. 3 das. die Bestimmung beanstanden kann, wenn sie nicht der Billigkeit entspricht. — "

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 10. Mai 1918. G. w. S. (KG. Berlin). II. 518/17.

---

157. Beim Bestehen mehrerer Mietverträge ergreift das Vermieterpfandrecht wegen des einen Mietobjekts nur die in dieses eingebrachten Sachen.

BGB. § 559.

S. war Mieter der im Erdgeschoß des Hauses der Beklagten belegenen, dem Gastwirtschaftsbetriebe dienenden Räume sowie der im zweiten Stock

desselben Hauses belegenen Wohnung. Die Beklagte ließ wegen eines Mietrückstandes von 700 ℳ, den S. für die Gastwirtschaft schuldig geblieben war, auf Grund eines vollstreckbaren Urteils bei S. eine Anzahl Sachen pfänden. Der Kläger behauptete, diese Sachen vor der Pfändung von S. zu Eigentum erworben zu haben, und klagte auf deren Freigabe. Die Beklagte berief sich auf ihr Vermieterpfandrecht. Der Kläger wandte demgegenüber ein, die Sachen seien von S. nicht in die Wirtschaftsräume, sondern in die Wohnung eingebracht worden. Die Einwendung der Beklagten, daß die gepfändeten Sachen durch die Einbringung in das Grundstück dem Pfandrechte der Beklagten unterworfen seien, wurde durch Zwischenurteil für unbegründet erklärt. Aus den Gründen:

„Der Standpunkt der Beklagten, daß es für die Entstehung und den Fortbestand ihres gesetzlichen Pfandrechts einerlei sei, ob die jetzt streitigen Sachen in die Wirtschaft oder in die Wohnung eingebracht seien, und daß es genüge, wenn sie in das Grundstück eingebracht seien, ist unrichtig. Wenn ein Mieter von demselben Vermieter in einem Grundstück verschiedene Räume gemietet hat, so ist es Tatfrage, ob ein oder mehrere Mietverträge vorliegen. Hier steht die Wohnung nicht im räumlichen Zusammenhange mit den Wirtschaftslokalitäten. Die Wohnung ist nachträglich zu selbständigem Mietpreise gemietet und es sind getrennte Mietverträge abgeschlossen. Es sind daher unter den Parteien mehrere Mietverträge in Geltung, und das gesetzliche Pfandrecht wegen des einen Mietobjekts ergreift auch nur diejenigen Sachen, welche in dieses Mietobjekt eingebracht sind. (Vgl. Mittelstein, Miete § 77 Nr. 4.) Da die Forderung der Beklagten aus Mieterückständen für die Wirtschaft besteht, würde die durch das Eigentum begründete Klage an dem Vermieterpfandrecht der Beklagten nur dann scheitern, wenn die gepfändeten Sachen in die Wirtschaft eingebracht sind. Sind sie dort eingebracht, so sind sie damit dem Pfandrecht für die bis 1917 vereinbarte Mietzeit unterworfen und bleiben im Pfandrechte, wenn sie auch später in die Etage gebracht sind.

Das Verteidigungsmittel der Beklagten, daß die Sachen durch die Einbringung in das Grundstück dem Pfandrechte unterworfen seien, ist daher durch Zwischenurteil zu verwerfen und im übrigen Beweis darüber zu erheben, ob die Sachen in die Wirtschaftslokalitäten eingebracht sind."

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (6. Sen.) v. 25. April 1918. E. G. w. W. L. Bf. VI. 344/17. Nö.

---

158. Betriebsleiter i. S. des § 913 RVO.; der Tatbestand des § 903 RVO. erfordert Voraussehbarkeit des Schadens*.

*Vgl. 70 Nr. 105.

RVO. §§ 913, 903.

„Im § 913 RVO. wird unterschieden zwischen Betriebsleitern und Aufsichtspersonen oder anderen Angestellten des Betriebs, auch den letzteren



darf der Unternehmer die ihm nach der RVO. obliegenden Pflichten übertragen, soweit es sich nicht um Einrichtungen auf Grund von Unfallverhütungsvorschriften handelt. Schon diese Unterscheidung zeigt deutlich, daß nicht jeder, der in einem Betriebe etwas zu leiten oder anzuordnen hat, von dem Gesetze als Betriebsleiter betrachtet wird, sondern daß dabei an Personen gedacht ist, die an der oberen Geschäftsleitung teilhaben und den Unternehmer auch in bezug auf seine Pflichten vertreten können. Der Betriebsleiter soll dem Unternehmer wirtschaftlich und gesellschaftlich regelmäßig gleichstehen (Hanow, Anm. 5 zu § 13 RVO.). Es mag sein, daß in großen Geschäften ein Betriebsleiter im gesetzlichen Sinne auch für einen abgegrenzten Teil des Betriebs bestellt werden kann, ein Vorarbeiter oder Polier aber, der an einer Arbeitsstelle mit fünf anderen Arbeitern tätig ist und deren Beschäftigung zu überwachen und zu leiten hat, läßt sich nicht als Betriebsleiter gemäß § 913 RVO. auffassen. — — —

Die Revision rügt noch, es sei nicht festgestellt, daß die Beklagte den Schaden voraussehen konnte. Es ist ihr zuzugeben, daß die Voraussehbarkeit des Schadens zur Erfüllung des im § 903 RVO. gesetzten Tatbestands erforderlich ist. In der Rechtsprechung zu den früheren Unfallversicherungsgesetzen ist angenommen worden, daß bei Klagen der Berufsgenossenschaften wegen ihrer Aufwendungen gemäß GUVG. § 136 Abs. 1 Satz 2 die strafrechtlichen Grundsätze über Verschulden maßgebend sind (RGEntsch. 69, 343), und es besteht kein Anlaß, für die sachlich im wesentlichen übereinstimmenden Vorschriften des § 903 etwas Abweichendes anzunehmen. Strafrechtlich ist aber die Voraussehbarkeit der Rechtsverletzung eine allgemeine Voraussetzung der fahrlässigen Delikte. Kann überhaupt keine Rechtsverletzung vorausgesehen werden, so kann auch keine Verurteilung wegen Fahrlässigkeit erfolgen, sie ist aber auch bezüglich „jedes nicht voraussehbaren Teils des eingetretenen rechtsverletzenden Erfolges" ausgeschlossen (RGStrafs. 28, 274). Der Zivilrichter hat daher im Falle des § 903 Abs. 4 RVO. ebenso wie früher nach § 136 Abs. 1 Satz 2 GUVG. nicht nur festzustellen, daß der Unternehmer den Unfall unter Außerachtlassung einer Gewerks- oder Berufspflicht herbeigeführt hat, sondern auch, daß der eingetretene Erfolg, wenn auch nicht in seinen Einzelheiten, voraussehbar war, ein Umstand, der, wie in dem angeführten Urteile RGEntsch. 69, 342 dargelegt ist, für den Umfang des Ersatzanspruchs der Berufsgenossenschaft von Bedeutung sein kann. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 25. März 1918. S. w. H.-B.-Ber.-Gen. (OLG. Frankfurt). VI. 443/17.



159. Ursächlicher Zusammenhang zwischen dem durch einen Radfahrer verursachten Unfall und dem Straßenbahnbetriebe.

Vgl. 41 Nr. 189.

RHpflG. § 1.

Der Kläger war in der Nähe einer von der Beklagten als Pächterin betriebenen elektrischen Straßenbahn in einer Mulde damit beschäftigt, Gras zu schneiden. Währenddessen kam auf der Fahrbahn ein Straßenbahnwagen heran und war gerade im Begriff, eine dort befindliche Kurve zu durchfahren, als auf der Landstraße mit beträchtlicher Geschwindigkeit der auf einer militärischen Übung befindliche Kraftfahrer D. auf einem Kraftfahrrad gleichfalls der Kurve aus derselben Richtung wie der Wagen der Beklagten sich näherte. Um nicht mit dem Straßenbahnwagen zusammenzustoßen, bog D. rechts ab, überquerte den Fußgängersteig und traf in der Mulde den Kläger, der von dem Motorrad gefaßt und über den Fußsteig bis an einen zwischen diesem und der Landstraße stehenden Baum geschleudert wurde. Wegen der ihm hierdurch verursachten Körperverletzung verlangte der Kläger Schadenersatz von der Beklagten, die ihre Ersatzpflicht und insbesondere das Vorliegen eines Betriebsunfalls bestritt.

Das Landgericht gab der Klage statt, Berufung und Revision waren erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht hat angenommen, daß die dem Kläger unmittelbar durch den Zusammenstoß mit dem dem Militärfiskus gehörigen Kraftfahrrad zugefügte Körperverletzung durch den Betrieb der von der Beklagten gepachteten Straßenbahn mitverursacht worden ist. Den Zusammenhang zwischen dem Unfall und dem Betrieb der Straßenbahn erblickt das Ber.-Gericht darin, daß im vorliegenden Falle der Fahrer D., der das Kraftfahrrad benutzt hat, infolge des plötzlichen Herannahens der eine Kurve durchfahrenden Straßenbahn und der dadurch für ihn entstandenen Gefahr eines Zusammenstoßes mit dem Straßenbahnwagen kopflos geworden und in der Bestürzung beim Versuch des Überholens der Straßenbahn die Gewalt über sein Kraftfahrrad verloren hat. Dadurch hat dann das Fahrrad den in einer in der Nähe befindlichen Mulde arbeitenden Kläger gefaßt und ihn an einen zwischen dem Fußsteig und der Landstraße befindlichen Baum geschleudert, wodurch der Kläger erhebliche Verletzungen erlitten hat. Aus diesem Sachverhalt konnte das Ber.-Gericht ohne Rechtsirrtum die Schlußfolgerung ziehen, daß die Willensbetätigung des D. durch die im Augenblick des Abbiegens der Straßenbahn von der geraden Fahrbahn entstandene gefährliche Lage mitbeeinflußt worden sei und somit der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Unfall des Klägers und dem Betriebe der Beklagten vorliege. Hiernach erweist sich die Rüge der Revision, das Ber.-Gericht habe zu Unrecht das Vorliegen eines Betriebsunfalls angenommen, als unbegründet. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 15. April 1918. AG. f. B. w. H. (KG. Berlin.) VI. 53/18.

160. Eine allgemeine Rechtspflicht der Eisenbahnverwaltung, den Bahnkörper gegen angrenzendes Weideland einzufriedigen, besteht nicht.

Vgl. auch 57 Nr. 213 m. Nachw.

BGB. §§ 823 Abs. 1, 2 254; ReichshaftpflGes. § 1; EisbahnBau- und BetrOrdn. § 18.

Am 7. Juni 1913 wurde ein dem Kläger gehöriges Füllen auf hamburgischem Staatsgebiete von einem zwischen Cuxhaven und Hamburg verkehrenden Eilzug der Preußischen Staatseisenbahn überfahren und getötet. Unstreitig hatte der Sohn des Klägers mit einigen Pferden, darunter die Mutterstute des Füllens, auf der Seite der Bahn, die derjenigen, an der sich das Füllen befunden hatte, entgegengesetzt war, die Vorbeifahrt des Zuges an der geschlossenen Schranke abgewartet, um die Bahn alsdann zu überschreiten. Die Schadenersatzklage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Während die Schadenersatzansprüche von Personen, die durch den Betrieb von Eisenbahnen körperlich verletzt oder getötet werden, im Reichshaftpflichtgesetz eine einheitliche Regelung erfahren haben, besteht eine solche einheitliche Regelung für Sachschaden von Reichs wegen bislang nicht. (Zu vgl. Eger, DJZ. 1908, 751). Die landesgesetzlichen Vorschriften, die zum Teil eine dem Haftpflichtgesetz entsprechende Regelung treffen, wie z. B. die auf der Konzession der Eutin-Lübecker Eisenbahn-Gesellschaft beruhenden (Hanseat. GZ. 1903 Nr. 69), zum Teil eine noch strengere Haftung der Bahn herbeiführen, wie z. B. § 25 des Preußischen Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. Nov. 1838 (insofern darnach eine Anwendung des § 254 BGB. als solchen, insbesondere auch mit seiner Bezugnahme auf § 278 BGB. ausgeschlossen ist, RGEntsch. 63, 270) und § 60 des Lübecker AG. BGB., sind durch Art. 105 des EG. BGB. aufrechterhalten worden, soweit der Unternehmer darnach in weiterem Umfang als nach den Vorschriften des BGB. verantwortlich ist. Der vorliegende Schadenfall hat sich auf hamburgischem Staatsgebiete ereignet. Für dieses mangelt es aber an irgendwelchen Sonderbestimmungen. Es sind daher hier die Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB. maßgebend, wobei gegebenenfalls auch § 254 BGB. anwendbar ist.

1. Eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB. ist zu verneinen. Bereits in den Entscheidungen Hans. GZ. 1903 Nr. 69, 1910 Nr. 64 hat das Hans. OLG. ausgesprochen, daß eine Rechtspflicht der Eisenbahnen zur Einfriedigung ihrer Gleise gegen Weideland, um Schädigungen des den Bahnkörper betretenden Viehes zu vermeiden, nicht anzuerkennen sei, daß vielmehr der Eigentümer des Viehes selbst dafür aufzukommen habe, daß es keinen Schaden nehme. An diesem Standpunkt ist festzuhalten. Bei dem mehr oder weniger häufigen Wechsel in der landwirtschaftlichen Ausnutzung des Bodens wären die Eisenbahnverwaltungen im Laufe der Zeit genötigt, fast die gesamten an ihre Gleise grenzenden Ländereien zu dem gedachten Zwecke einzufriedigen.

Für Kleinvieh würde der dadurch erreichte Schutz überdies äußerst fragwürdig sein. Es muß darnach jene Forderung als eine Überspannung der an die mit der Konzession zum Eisenbahnbetrieb ausgestatteten Verwaltungen billigerweise zu stellenden Anforderungen um so mehr angesehen werden, als es für die Anlieger ein verhältnismäßig Leichtes ist, je nach Bedarf ihr Gelände mit den wünschenswerten Schutzvorrichtungen selbst zu versehen.

2. Für eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB. kommt als Schutzgesetz nur die vom Bundesrat auf Grund Art. 42 und 43 der Reichsverfassung erlassene Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung vom 4. Nov. 1904 (RGBl. 387) in Frage, die in § 18 Ziff. 1 für die Hauptbahnen — um eine solche handelt es sich hier — bestimmt:

„Einfriedigungen zwischen der Bahn und ihrer Umgebung sind anzulegen, wo die Gestaltung der Bahn oder die gewöhnliche Bahnbewachung (§ 46 Nr. 5) nicht hinreichend erscheint, vom Betreten der Bahn abzuhalten."

Denn wenn diese Vorschrift auch in erster Linie der Sicherheit des Bahntransportes dient, so bezweckt sie doch daneben auch den Schutz des Publikums und seines Eigentums. Erwägt man aber, daß sich Tiere schwerlich allgemein gerade durch die Gestaltung der Bahn oder die gewöhnliche Bahnbewachung (der mit Handschranken versehenen Wegübergänge) vom Betreten der Bahn abhalten lassen, so ist es schon deshalb nicht anzunehmen, daß jene Bestimmung auf das Betreten der Bahn durch Tiere Bezug haben sollte; zu vgl. auch die besondere Bestimmung des § 78, Nr. 8: „Für das Betreten der Bahnanlagen durch Tiere ist der verantwortlich, dem die Aufsicht über die Tiere obliegt." Überdies ist angesichts der Fassung des § 18 Nr. 1 die Annahme berechtigt, daß der Bundesrat bei Erlaß dieser Bestimmung aus ähnlichen Gründen, wie sie oben unter 1 dargelegt sind, garnicht beabsichtigt hat, soweit es sich überhaupt um eine Schutzbestimmung handelt, eine solche zu schaffen, durch die dem Betreten der Bahn, speziell durch Tiere, begegnet wird.

Anderseits muß der Schutz, der unter gewissen Umständen gegen unvorsichtiges Betreten der Bahn durch Personen gewährt wird, tatsächlich auch einen gewissen Schutz gegen das Betreten der Bahn durch Tiere nach sich ziehen, auf den sich daher die Anlieger der Bahn insoweit verlassen dürfen. Im vorliegenden Falle hat die Bahn tatsächlich eine Einfriedigung hergestellt. Sie ist nach der Behauptung an der niedrigsten Stelle, an der das Füllen sie übersprungen haben soll, nur 94 cm hoch; nach der Behauptung des Klägers ist der dahinter befindliche, an die Bahn angrenzende Teil der Rampe besonders hoch gelegen. Aber auch unter diesen Umständen ist die Einfriedigung als ein ausreichendes Hindernis anzusehen, um Menschen von dem Betreten der Bahn abzuhalten, und wurde damit zugleich auch ein verhältnismäßiger Schutz für Tiere gewährt. Dieser Schutz brauchte aber im Verhältnis nicht

ein derartiger zu sein, daß er auch Tiere, wie das Füllen des Klägers, vom Überspringen auf den Bahnkörper abhielt.

Hiernach erwies sich der Klaganspruch als unbegründet, ohne daß es eines Eingehens auf den § 254 BGB. bedurfte.

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 24. April 1918. H. D. w. Preuß. EisenbFiskus. Bf. IV. 58/18. Nö.

---

161. Eigentumsübertragung nach § 930 BGB. an einem Warenlager mit wechselndem Bestande.

Vgl. 72 Nr. 218 m. N.

BGB. § 930.

Die Klägerin hat wegen einer ihr gegen den zahlungsunfähigen R. zustehenden Forderung den Vertrag vom 28. Okt. 1912 angefochten, durch den R. sein am G. und in der S.-Straße befindliches Warenlager für 13844,05 ℳ den Beklagten, seinen Schwestern, verkauft und übereignet hat. Die Anfechtung wurde für begründet erklärt, die Beklagten machten jedoch geltend, daß der größte Teil der in der Anlage zu dem Vertrage vom 28. Okt. 1912 bezeichneten Sachen, wie auch in dem Vertrag ausdrücklich bemerkt ist, ihnen bereits durch einen Vertrag vom 7. Aug. 1911 zur Sicherheit zu Eigentum übertragen sei. Das Oberlandesgericht wies diesen Einwand zurück. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Beklagten haben den ihnen obliegenden Beweis dafür, daß die Sachen der Anlage zu dem zweiten Vertrage bereits kraft des Vertrages vom 7. Aug. 1911 in ihr Eigentum übergegangen seien, nicht zu erbringen vermocht.

Inhaltlich dieses älteren Vertrages hat der Schuldner R. den Beklagten zur Sicherheit für eine Bürgschaft in Höhe von 10000 ℳ je zur Hälfte das Eigentum an den sämtlichen vorhandenen Waren „oder Warengattungen" übertragen, wie sie im Vertrage selbst und dem Anhange dazu aufgeführt sind. Ausgenommen sollten die übrigen hier nicht genannten Arten von Sachen sein. Da die Gegenstände zum Verkauf bestimmt seien, so heißt es im Vertrage, so übernehme R. es, sie im Auftrage und für Rechnung der Beklagten im eigenen Namen zu verkaufen mit der Verpflichtung, für die vereinnahmten Beträge Waren gleicher Gattungen für die Beklagten zu kaufen, welche gleichfalls ihr Eigentum werden und von R. als ihrem Beauftragten aufbewahrt, gelagert und für ihre Rechnung in gleicher Weise verkauft werden sollten. R. solle verpflichtet sein, ein Verzeichnis über die jeweils vorhandenen Waren der den Beklagten übertragenen Sorten zu führen und ihnen dasselbe auf Wunsch allmonatlich vorzulegen. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Vertrag nicht schon um deswillen als ungeeignet erscheint, nach § 930 BGB. Eigentum zu übertragen, weil es an der Vereinbarung

eines dort vorgesehenen Rechtsverhältnisses nach § 868 BGB. fehlt. Die Verwahrung, von der in dem Vertrage die Rede ist, wird dort nur in Beziehung auf die vom Schuldner anzuschaffende Ersatzware vereinbart.

Selbst wenn man annehmen will, daß insoweit gleichwohl dem Erfordernis des § 930 BGB. Genüge geleistet worden, so würde doch für die Übertragung des Eigentums an den im Laufe der Zeit beschafften Ersatzwaren erforderlich sein, daß der Übertragungswille in irgendeiner zuverlässigen, jeden Zweifel abschneidenden Weise äußerlich erkennbar gemacht sei, z. B. durch Übersendung eines Verzeichnisses der angeschafften Ersatzware an die Erwerber. In dieser Beziehung hat aber der Vertrag lediglich vorgesehen, daß R. verpflichtet sein solle, ein Verzeichnis „über die jeweils vorhandenen Waren" der den Beklagten „übertragenen Sorten" zu führen und zur Einsicht zur Verfügung zu halten. Daß R. noch irgend etwas sonst zur äußeren Kenntlichmachung seines Veräußerungswillens getan habe, ist nicht behauptet worden. Selbst wenn man aber unterstellt, daß er dieser seiner nach dem Vertrage übernommenen Verpflichtung nachgekommen sei, so würde aus dem Verzeichnis nicht erhellen, welche Sachen ursprünglich vorhanden und welche als Ersatz beschafft worden waren. Es würde also an einer genügenden äußeren Kenntlichmachung der erstandenen, in das Eigentum der Beklagten fallenden Ersatzware fehlen. Die bloße Verbringung der angeschafften Ersatzware in die Geschäftslokalitäten des R. würde aber nicht als genügende äußere Kenntlichmachung seines Eigentumsübertragungswillens genügen können. Denn nach dem ersten Vertrage sind Sachen im Gesamtwerte von 10873,20 ℳ übertragen, nach dem angefochtenen Vertrage aber solche im Gesamtwerte von 13844,05 ℳ veräußert worden. Folglich kann es sich bei dem zweiten Vertrage nicht lediglich um ursprünglich vorhandene oder um ersetzte Ware handeln, sondern bestenfalls muß angenommen werden, daß Ware derselben durch den ersten Vertrag übertragenen Gattungen in mehreren Exemplaren, als ursprünglich vorhanden, angeschafft worden ist. Dieser Überschuß kann aber nach dem Willen der Vertragschließenden keinesfalls in das Eigentum der Beklagten übergegangen sein. Denn der erste Vertrag sieht ausdrücklich nur vor, daß R., da die vorhandene übereignete Ware zum Verkauf bestimmt sei, es übernehme, „für die vereinnahmten Beträge" Ware gleicher Gattung für die Beklagten anzuschaffen, welche gleichermaßen in deren Eigentum fallen sollten.

Jedenfalls kann aber darnach der den Beklagten obliegende Beweis dafür, daß die Sachen des zweiten Vertrags ihnen bereits durch den ersten Vertrag übereignet seien, nicht geführt werden. Der Wert des gesamten Lagers betrug zur Zeit des ersten Vertrags ca. 25000 ℳ. Durch den ersten Vertrag wurde davon nur ein kleiner Teil, nämlich Sachen im Wert von 10872,30 ℳ übereignet, während durch den angefochtenen Vertrag wiederum Sachen im Werte von 13844,05 ℳ veräußert wurden. R. selbst hat aber auf Be-

fragen, ob beispielsweise von den im ersten Vertrag aufgeführten 70 Küchengarnituren nichts verkauft und also alle in den im zweiten Vertrag aufgeführten 78 Küchengarnituren enthalten seien, bekundet, das könne er nicht sagen, einige Stücke könnten fehlen, einige ersetzt sein.

Nun hat die Zeugin O. ausgesagt, daß vom Lager im G. im ersten Monat für etwa 6000 ℳ, in den folgenden Monaten weniger, zuletzt für etwa 2000 ℳ Waren verkauft worden seien. Darnach muß angenommen werden, daß in der Zwischenzeit zwischen beiden Verträgen im wesentlichen das gesamte Lager verkauft und ganz oder zum Teil durch neue Ware ersetzt worden ist. Folglich kann es sich bei den Sachen des angefochtenen Vertrags nur, wenn überhaupt, um Ersatzware gehandelt haben. Nach den vorstehenden Ausführungen haben die Beklagten daran auf Grund des ersten Vertrags das Eigentum nicht erlangt, jedenfalls aber kann von ihnen nach Sachlage nicht nachgewiesen werden, daß sie gerade an diesen in dem angefochtenen Vertrag aufgeführten Sachen zur Zeit des Abschlusses desselben bereits das Eigentum erworben haben, wie denn auch in dem angefochtenen Vertrage selbst betont wird, daß ein Teil der darin aufgeführten Sachen nicht unter den früheren Vertrag falle. Unter diesen Umständen kann die Frage, ob der erste Vertrag nicht wegen illoyaler Verschleierung des Sachverhalts gegenüber Dritten im geschäftlichen Verkehr als gegen die guten Sitten verstoßend und demgemäß als nichtig zu betrachten sei (SeuffA. 67, Nr. 259), auf sich beruhen bleiben."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 4. Dez. 1917. C. u. E. C. w. R. u. Gen. Bf. III. 172/17. B.

---

162. Voraussetzungen für die Bestellung eines Vorbehaltsguts der Frau; Zurückbehaltungsrecht der Frau an Sachen des Gesamtguts wegen Vorenthaltung von Vorbehaltsgut*.

*Vgl. 61 Nr. 30 m. N.

BGB. §§ 1369, 273.

Die Parteien sind Eheleute. Kläger klagt auf Herausgabe einer Anzahl von Gegenständen, die zum ehelichen Gesamtgut gehören. Die Beklagte weigert die Herausgabe, und zwar behauptet sie, daß der Kläger ihr ein Vorbehaltsgut von 5000 ℳ vorenthalte, und stützt darauf ein Zurückbehaltungsrecht. Sie ist trotzdem zur Herausgabe verurteilt worden. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Gegen die Zulässigkeit der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aus dem Gesichtspunkte der Forderung der Herausgabe eines Vorbehaltsguts sind Bedenken nicht zu erheben. Wenn § 273 BGB. zur Voraussetzung für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts macht, daß die Forderung und die Verpflichtung des Schuldners aus demselben rechtlichen Verhältnis entspringen, so ist nach feststehender Rechtsprechung hierunter ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis zu verstehen

(RGEntsch. 57, 1). Ein solches liegt aber hier vor. Denn der Kläger verlangt die Herausgabe der Gegenstände auf Grund des ehelichen Güterrechts, während die Beklagte aus demselben Gesichtspunkte von dem Kläger die Herausgabe ihres Vorbehaltsgutes fordert. Aber die Beklagte hat nicht hinreichend begründet, daß hier ein Vorbehaltsgut zu ihren Gunsten bestellt worden ist. Es ist der Beklagten zwar darin beizutreten, daß die vom § 1369 BGB., der nach § 1 Hamb. Güterst.-Ges., § 1440 BGB. hier Anwendung findet, geforderte „Bestimmung" als Vorbehaltsgut auch stillschweigend, d. h. durch konkludente Handlungen erfolgen kann. Aber es ist ein gewisser Willensausdruck nach dieser Richtung erforderlich. Der Dritte muß durch seine Handlung deutlich zu erkennen geben, daß der betreffende Erwerb ein Vorbehaltsgut der Frau werden soll. Es kann sich das aus den begleitenden Umständen ergeben, falls der betreffende Erwerb der Frau direkt zugewandt wird. Mit dem Gesetz ist es auch wohl vereinbar, daß ein Erwerb Vorbehaltsgut der Frau wird, wenn er dem Manne selbst überwiesen wird, falls nämlich in diesem Falle der Dritte dem Manne gegenüber zum Ausdruck bringt, daß der Erwerb nicht in das Gesamtgut fallen, sondern Vorbehaltsgut der Frau werden soll. Im vorliegenden Falle ist indessen unstreitig irgendeine solche Willenskundgebung dem Kläger gegenüber nicht erfolgt. Die Beklagte beruft sich nur darauf, daß ihr Schwiegersohn und ihre Tochter ihr vor der Übersendung der 5000 *M* mitgeteilt hätten, diese 5000 *M* seien für ihren Unterhalt bestimmt, daß ihr Schwiegersohn auch bei der Überweisung des Betrages ausdrücklich angeordnet habe, der Betrag sei an sie zu senden, und daß das Geld nur durch ein Versehen in die Hände des Klägers gelangt sei. Aber wenn dieser Tatbestand bewiesen würde, so würde er nicht die Bestellung eines Vorbehaltsguts ergeben. Denn es würde hier an dem Erfordernis fehlen, daß dem Kläger, dem das Geld überwiesen worden ist, zum Ausdruck gebracht worden ist, daß der Erwerb Vorbehaltsgut werden solle. Es mag sein, daß dem Schwiegersohne der Parteien ein Rückforderungsanspruch gegenüber dem Kläger zusteht, da diesem der Betrag an sich nicht zukommen sollte, aber vorläufig ist der Betrag jedenfalls in das Gesamtgut gefallen, da es an einer Bestimmung, daß er Vorbehaltsgut werden sollte, fehlt. Es ist nach dem Sinne des Gesetzes nicht wohl denkbar, daß ein Gegenstand, der dem Manne überwiesen wird, Vorbehaltsgut der Frau wird, wenn dies dem Manne gegenüber nicht in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht wird. Denn es ist davon auszugehen, daß im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der hier in Frage steht, grundsätzlich alles Vermögen der Eheleute in das der Verwaltung des Mannes unterliegende Gesamtgut fällt und die Bestellung eines Vorbehaltsguts nur eine Ausnahme bildet. Demnach ist die Beklagte zur Herausgabe der Mobilien zu verurteilen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 28. Febr. 1918. H. H. L. w. D. L. Bf. VI. 392/17. Nö.

---

163. Klage des Miterben auf Feststellung seines Erbrechts gegen den Testamentsvollstrecker.

Vgl. 39 Nr. 223; 46 Nr. 269; 49 Nr. 258.
BGB. § 2212.

Der 1904 gestorbene Vater des Klägers hat in seinem Testament seine drei Kinder als Erben eingesetzt, jedoch bestimmt, daß der Nachlaß erst nach dem Tode seiner Ehefrau, die auf Lebenszeit den Nießbrauch daran haben soll, zur Teilung gebracht und bis dahin durch zwei Testamentsvollstrecker verwaltet werden soll. Die Testamentsvollstrecker haben dem Kläger gegenüber den Standpunkt eingenommen, daß er durch eine den Anordnungen des Erblassers zuwiderlaufende Verfügung über seinen Erbteil seines Erbrechts verlustig gegangen sei. Der Kläger hat gegen die Testamentsvollstrecker Klage erhoben auf Feststellung, daß sie verpflichtet seien, bei dem Tode seiner Mutter ein Drittel des väterlichen Nachlasses an ihn herauszuzahlen. Die Revision der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Ber.-Urteil blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Revision bestreitet die Passivlegitimation der Beklagten; sie sagt, im Streite befinde sich ausschließlich die Frage, ob dem Kläger ein Erbrecht zustehe, und diese Frage könne nicht in einem Prozeß gegen die Testamentsvollstrecker, sondern nur durch Klage gegen die andern Erben zum Austrage gebracht werden. Diesen Einwand hatten die Beklagten auch schon in den Vorinstanzen geltend gemacht, und das Ber.-Gericht glaubt ihn durch die Bemerkung erledigen zu können, das Erbrecht des Klägers werde hier nur als Nebenpunkt zur Entscheidung gestellt und das sei auch im Prozeß zwischen demjenigen, der Rechte aus seinem behaupteten Erbrechte geltend machen wolle, und dem Testamentsvollstrecker unbedenklich zulässig. Es ist der Revision zuzugeben, daß gegen diese Auffassung des Klagebegehrens Bedenken bestehen. Denn tatsächlich zielt der Kläger, der unstreitig vor dem Ableben seiner Mutter irgendwelche sachlichen Ansprüche hinsichtlich des Nachlaßvermögens nicht erheben kann, mit allen seinen verschiedentlich gefaßten Klageanträgen darauf ab, daß den Beklagten gegenüber sein bestrittenes Erbrecht zur Anerkennung gebracht werden soll, und es ist richtig, daß ein Streit dieser Art an sich unter den Erben auszutragen ist. Aber die besondere Lage des Streitfalles muß dazu führen, auch eine Klage dieses Inhalts gegen die Testamentsvollstrecker zuzulassen. Der Kläger hatte unter Beweisantritt behauptet, daß alle Miterben sein Erbrecht als noch bestehend anerkennen; die Beklagten haben das bestritten, zugleich aber geltend gemacht, es komme darauf überhaupt nichts an, denn sie müßten sich auch über die Entscheidung der Erben hinwegsetzen, wenn diese mit dem Testament im Widerspruch stehe; sie müßten unter allen Umständen den Willen des Erblassers zur Ausführung bringen. Das hätte seine Berechtigung, wenn die Sache so läge, daß die Erben entgegen dem klaren Wortlaute des Testaments dem Kläger ein ihm nicht zu-

kommendes Erbrecht zuerkennen wollten; denn die Miterben könnten ihrerseits zwar den Kläger wirtschaftlich so behandeln, als ob er Miterbe wäre, nicht aber ihm die durch letztwillige Anordnung entzogene rechtliche Stellung eines Erben verleihen. Aber hier handelt es sich eben um die Frage, ob eine derartige Anordnung vom Erblasser getroffen ist, und diese Frage kann vom Kläger vernünftigerweise nicht durch Klage gegen die Miterben ausgetragen werden, wenn diese ohnehin mit ihm in der Auslegung des Testaments einig gehen, sondern nur durch Klage gegen diejenigen, die das Testament in dem ihm nachteiligen Sinne ausgelegt wissen wollen. Würde der Kläger, wie die Beklagten wollen, zunächst einen Prozeß gegen die Miterben durchführen, so hätte er zu gewärtigen, daß er auch damit den Beklagten gegenüber nicht weiter käme; sie könnten schließlich einwenden, die Erben hätten den Prozeß absichtlich zur Umgehung der letztwilligen Anordnung geführt und ein auf diese Weise zustande gekommenes Urteil sei für sie ebensowenig maßgebend, wie die außergerichtliche Einigung der Beteiligten. Tatsächlich haben sie denn auch im gegenwärtigen Prozeß keineswegs vorbehaltslos erklärt, daß sie sich einem im Prozeß des Klägers gegen die Miterben ergehenden Urteil über die Auslegung des Testaments fügen würden, sondern gesagt, nach Durchführung jenes Prozesses „könnte die Frage auftauchen", ob die Testamentsvollstrecker an jene Auslegung gebunden seien. — — —

Diese Erwägungen führen dazu, ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers in dem Sinne anzuerkennen, daß er abweichend von der sonst geltenden Regel die Feststellung seines Erbrechtes gegenüber den Testamentsvollstreckern verlangen kann. Richtig, aber ohne Bedeutung für die vorerörterte Frage ist, daß das im gegenwärtigen Rechtsstreit ergehende Urteil keine Rechtskraftwirkung gegenüber den Miterben hat.

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 11. März 1918. P. w. L. (KG. Berlin). IV. 388/17.

---

164. Anspruch des Handlungsagenten auf die Provision, auch wenn das Geschäft durch Vergleich aufgehoben worden ist.

Vgl. 47 Nr. 279 m. N.; 61 Nr. 256.
HGB. § 88 Abs. 2.

Die Parteien stritten zur Abwendung der an sich unstreitigen Klage darüber, ob der Beklagte, der als Handlungsagent für die Klägerin 50000 m Zeltstoff zum Preise von 72500 ℳ an die Firma Sch. & Co. in L. verkauft hatte, davon überhaupt eine Provision und insbesondere die für den vorliegenden Fall vereinbarte Umsatzprovision von 3% zu fordern habe, obwohl der Handel auf Grund von Verhandlungen zwischen den Inhabern der beteiligten Firmen unter Zuziehung des Beklagten rückgängig gemacht worden war, nachdem sich die Firma Sch. & Co. zur Zahlung einer Abfindungssumme

von 11000 M an die Klägerin bereit erklärt hatte. Der Anspruch des Beklagten auf die volle 3proz. Provision von dem Rechnungsbetrage von 72500 M in Höhe von 2175 M wurde in beiden Instanzen für gerechtfertigt angesehen. — Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die hier zur Entscheidung stehende Frage läuft in der Hauptsache darauf hinaus, ob der Handlungsagent die Umsatzprovision für das infolge des Vergleichs zwischen Käufer und Verkäufer und gegen Zahlung einer Abfindungssumme an den letzteren nicht ausgeführte Geschäft auch dann fordern könne, wenn er selbst dem Geschäftsherrn zum Abschlusse des Vergleichs zugeredet hat. Die Frage ist mindestens für den vorliegenden Fall zu bejahen.

Entscheidend ist nach § 88 Abs. 2 HGB., ob die Ausführung des Geschäfts infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn unterblieben ist und ob dafür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorliegen, mit dem das Geschäft abgeschlossen ist.

Daß die Ausführung eines Geschäfts infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn unterbleibt, wenn er sich auf einen Vergleich einläßt, wonach gegen Zahlung einer Abfindung das Geschäft rückgängig gemacht wird, versteht sich von selbst. Denn schließlich hängt es allein von seinem Willen ab, ob er den Vergleich eingeht oder nicht. Dabei ist es auch ohne Belang, ob die Anregung zu dem Vergleich von ihm oder von dem andern Teil ausgeht. Ebenso ist ohne Bedeutung, ob sich der Geschäftsherr mehr oder weniger widerwillig oder erst nach anfänglichem Sträuben zum Abschluß des Vergleichs entschließt: alles dies reicht nicht hin, um die Annahme zu begründen, der Verkäufer habe sich nicht aus freien Stücken zur Rückgängigmachung des Geschäfts entschlossen.

Soviel dann die Frage anlangt, ob wichtige Gründe in der Person des Käufers den Verkäufer im Sinn des § 88 Abs. 2 HGB. zum Rücktritt berechtigten, so ist zwar zutreffend, daß hierzu das tatsächliche Bestehen solcher Umstände ausreicht, die bei vernünftiger Überlegung eine Aufhebung des Vertrags rechtfertigen, dabei ist aber nicht zu übersehen, daß diese Umstände in der Person des andern Vertragteils vorliegen müssen. Solche Umstände sind z. B. die Zahlungsunfähigkeit des Kunden, begründete Zweifel an seiner Zahlungsfähigkeit oder sein Ruf als sog. „Schikaneur". Dagegen genügt dazu nicht der Hinweis auf das Verhalten Dritter, wie hier der Einwand der Klägerin, die Firma Sch. & Co. sei durch den Konkurs ihres Weiterabnehmers in Verlegenheit geraten, wie sie die Ware weiter unterbringen könne. Wäre die Klägerin durch den Konkurs des Abnehmers der Firma Sch. & Co. ihrerseits in Gefahr geraten, den Kaufpreis bei dieser Firma einzubüßen, so hätte das für die Klägerin einen wichtigen Grund i. S. des § 88 Abs. 2 begründen können. Aber im vorliegenden Falle kommt dies schon deshalb nicht in Frage, weil die Klägerin mit der Firma Sch. & Co. nicht bloß später wieder Geschäfte gemacht, sondern ihr auch Kredit eingeräumt hat; sie war also wegen der

Zahlungsfähigkeit ihrer Abnehmerin nicht einmal im Zweifel. Daß die Firma Sch. & Co. in dem Ruf eines „Schikaneurs" stände, ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil die Klägerin mit ihr auch späterhin in Geschäftsverbindung gestanden hat. Daß sie versucht hat, von dem Vertrage loszukommen, begründet einen solchen Vorwurf noch nicht. — — —

Selbst die Drohung des Abnehmers mit der Zurverfügungstellung der Ware wegen Mängel berechtigt den Verkäufer nicht zum Rücktritt i. S. des § 88 Abs. 2. Denn wäre die Mängelrüge begründet, so läge in der daraufhin erfolgten Aufhebung des Handels eine Maßnahme, die überhaupt nur in der Person des Verkäufers, nicht seines Gegners, ihren Grund hat; auf sie kann sich der Geschäftsherr dem Handlungsagenten gegenüber überhaupt nicht berufen. Bemängelt aber der Käufer die Ware ohne Grund, so darf sich der Verkäufer auch nicht durch die Drohung mit den Mißhelligkeiten eines Prozesses zur Aufhebung des Handels bestimmen lassen; denn der Umstand, daß der Verkäufer einen Prozeß vermeiden will, ist kein Grund zum Rücktritt i. S. des § 88 Abs. 2 (OLGRspr. 27, 324 ff.).

Nach alledem hat aber die Klägerin, die hierfür beweispflichtig ist, keinen wichtigen Grund dargetan, der sie berechtigte, sich dem Beklagten gegenüber darauf zu berufen, daß ein provisionspflichtiger Anspruch nicht vorliege.

Auch was die Klägerin sonst noch gegen den Anspruch und gegen seine Höhe vorbringt, ist unbegründet. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (8. Sen.) v. 27. Juni 1916. S. & H. w. S. 8 O. 41/16. F—ch.

---

165. Der Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. hat kein Austrittsrecht.

GmbHG. §§ 60ff.

„Die im ersten Rechtsgange allein streitige Frage, ob der Beklagte noch als Mitglied der in Liquidation befindlichen Gesellschaft zu betrachten sei, ist vom Landgerichte verneint worden. Hierbei ist dasselbe davon ausgegangen, daß durch den Beschluß der Generalversammlung vom 12. Okt. 1911, wonach dem einzelnen Gesellschafter das Recht des Austrittes aus der Gesellschaft zugestanden wurde, ein weiterer Auflösungsgrund im Sinne von § 60 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung habe festgesetzt werden sollen. Es legt dar, daß dadurch der § 23 der Satzungen dahin abgeändert worden sei, daß jedem Gesellschafter freigestellt wurde, mit dem 31. Dez. 1912 auszutreten, dafern nicht das L.er Tonsteinwerk als Gesellschafter beitreten sollte — was nicht geschehen ist —, und folgert daraus, daß der Beklagte mit dem angegebenen Zeitpunkt aus der Gesellschaft ausgeschieden sei. Diese Ausführungen entbehren der Klarheit und bewegen sich in rechtsirrtümlichen Gedankengängen.

Wenn mit der Beschlußfassung vom 12. Okt. 1911 nur ein Grund zur Auflösung der Gesellschaft geschaffen werden sollte, so würde die dem Beschlusse gemäß ausgesprochene Kündigung für sich allein niemals die Wirkung gehabt haben können, daß der Kündigende durch seine Kündigungserklärung aus der Gesellschaft mit dem Erfolge ausschied, daß er von allen Verpflichtungen der Gesellschaft befreit wurde. Eine Kündigung in diesem Sinne würde vielmehr die Auflösung der Gesellschaft durch einseitige Willenserklärung des Gesellschafters bedeuten (zu vgl. Staub-Hachenburg[4] Anm. 28 zu § 60), auf sein Verhältnis zur Gesellschaft aber zunächst keinen Einfluß ausüben. Es mußte dann gemäß § 66 die Liquidation eintreten: aber bis zur Beendigung der Liquidation würden ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 69 auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnitts des Gesetzes, namentlich also diejenigen über die Haftung der Gesellschafter weiter anwendbar bleiben. Nun ist die Klägerin auf die Austrittserklärung des Beklagten hin überhaupt nicht in Liquidation getreten, und die erst später unabhängig davon beschlossene Liquidation ist noch im Gange. Soweit also die durch den Beschluß vom 12. Okt. 1911 freigestellte Kündigung die Bedeutung eines Auflösungsgrundes haben sollte, würde die vom Beklagten in diesem Sinne abgegebene Erklärung sein Rechtsverhältnis als das eines Gesellschafters überhaupt nicht berührt haben.

Nun weist der Beklagte mit Recht darauf hin, daß der Beschluß auch die Schaffung der Möglichkeit eines Fortbestehens der Gesellschaft trotz des Austrittes eines Mitgliedes beabsichtigt haben könne, und es kann dem Beklagten auch darin beigepflichtet werden, daß der Wortlaut der Entschließung für eine solche Auffassung spricht. Solche Anordnungen, durch welche bei Einräumung des Kündigungsrechtes für den einzelnen Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern die Füglichkeit gegeben werden soll, die Gesellschaft unter sich fortzusetzen, sind bei Gesellschaften m. b. H. möglich. (Zu vgl. Staub-Hachenburg zu § 3 Anm. 22.) Indessen kann das bei Gesellschaften dieser Art nur auf dem Wege geschehen, daß der Gesellschafter seinen Geschäftsanteil veräußert (§ 15) oder daß sein Anteil nach § 34 d. Ges. eingezogen wird. Beides kann im Gesellschaftsvertrag oder in dem diesen abändernden Beschluß bestimmt werden. Ganz im Einklange hiermit hat die Klägerin im § 23 ihrer Satzung für die dort behandelten Fälle der Kündigung Vorsorge getroffen, wie es mit den Geschäftsanteilen des kündigenden Gesellschafters gehalten werden solle, falls die übrigen Gesellschafter mit einer gewissen Mehrheit die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen sollten: es soll nämlich dann die Gesellschaft mit einfacher Mehrheit darüber befinden, ob diese Geschäftsanteile eingezogen oder für Rechnung der Gesellschaft selbst oder für Rechnung der übrigen Gesellschafter erworben werden sollen. Man könnte nun unbedenklich unterstellen, daß der Beschluß vom 12. Okt. 1911

aus § 23 der Satzung dahin zu ergänzen sei, daß bei einer auf Grund jenes Beschlusses erklärten Kündigung dasselbe gelten solle. Aber auch in dieser Richtung ist alles unterblieben. Nur das eine ergibt sich aus den an das Registergericht über die Veränderungen im Mitgliederbestand erstatteten Anzeigen vom 29. Febr. 1912 und vom 24. Jan. 1914, daß die Gesellschaft die 11000 M Anteile des Beklagten auf sich selbst umschreiben ließ. Ein Erwerb seiner Anteile durch die Gesellschaft war aber, abgesehen davon, daß eine Übertragung in gehöriger Form des § 15 Abs. 3 garnicht erfolgt ist, schon nach der zwingenden Vorschrift des § 33 rechtlich unmöglich um deswillen, weil seine Stammeinlage noch nicht vollständig eingezahlt war. Sonach ist der Beklagte Gesellschafter geblieben, seiner Erklärung, daß er für den 31. Dez. 1912 austrete, ist der rechtliche Erfolg versagt geblieben. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 10. Dez. 1917. Z. w. St. 5 O. 73/16. F—ch.

---

166. Nichtigkeit eines Lizenzvertrags wegen der Unmöglichkeit, das zur Ausnutzung übertragene Patent wirtschaftlich auszunutzen.

BGB. § 306.

Der Wortlaut und Inhalt des am 15. Aug. 1915 zwischen dem Kläger und den beiden Beklagten abgeschlossenen Vertrages ist mit dem Landgericht dahin aufzufassen, daß der Kläger um den Preis von 3000 M für zwei bayerische Regierungsbezirke das alleinige und ausschließliche Recht erhalten sollte, das von einem chemischen Laboratorium in M. erstellte Jogurt-Butterprodukt und Jogurt-Milch zu fabrizieren und zu verkaufen. Was die Rechtsnatur des Vertrages anlangt, so ist dieser, da es sich um die Ausnutzung eines den Beklagten zustehenden Patentverfahrens handelt, als ein sog. Lizenzvertrag aufzufassen. Die Grundsätze über den Kauf können auf einen derartigen Vertrag nur dann angewendet werden, wenn die Übertragung einer ausschließlichen Lizenz in Frage steht (RGEntsch. 57, 38; JW. 1907 S. 136[17]). Da aber im gegebenen Falle die Übertragung nur örtlich und zeitlich beschränkt ist, haben die Bestimmungen über den Kauf vollständig auszuscheiden. Es liegt ein gewöhnlicher Lizenzvertrag vor, der rechtlich an sich als Vertrag sui generis aufzufassen ist und am meisten dem Pachtvertrage ähnelt;

s. Seligsohn Patentgesetz § 6 Anm. 9, Kohler Handbuch des Deutschen Patentrechts S. 508, Düringer-Hauberg Handelsgesetzbuch 2. Bd. III, S. 6 unter bb.

Das einwandfreie und klar abgefaßte Gutachten des Direktors der städtischen Untersuchungsanstalt für Nahrungs- und Genußmittel in N. gipfelt nun darin, daß durch die Generalkommando-Verfügungen vom 4. Aug. 1915 (und 20. Jan. 1916) der Bezug der zur Jogurtbutterfabrikation notwendigen Milch derart erschwert wurde, daß die betreffenden Bestimmungen einem indirekten Verbote dieser Fabrikation gleichkommen. Die Hauptverfügung vom 4. Aug. 1915 war zur Zeit des Abschlusses des Vertrages bereits er-

lassen. Die Sachlage zur Zeit des Vertragschlusses — und weiter fortbestehend — war also die, daß es dem Kläger unmöglich war, das ihm zur Ausnutzung übertragene Patent wirtschaftlich wirklich auszunutzen. Anderseits bildete aber gerade solche Möglichkeit den Gegenstand des abgeschlossenen Vertrages und der von der Beklagten zu gewährenden Leistung. Diese Unmöglichkeit war eine anfängliche und objektive, durch die Machtfaktoren geschaffen außerhalb des Willensbereiches und der Machtbefugnis der Streitteile, im Sinne des § 306 BGB.

Ob sich der Kläger die Kenntnis von der Unmöglichkeit rechtzeitig hätte verschaffen können oder sollen, ist für die Frage der Gültigkeit des Vertrages belanglos, es entscheidet die objektive Sachlage. Daß die Kenntnis ihm fehlte und daß er nicht etwa von vornherein mit einer Behebung dieser Unmöglichkeit (§ 308 BGB.) rechnete, ist ohne weiteres als selbstverständlich anzunehmen.

Ob die Beklagten etwa Kenntnis hatten, kann dahingestellt bleiben, da ein Schadenersatz im Sinne des § 307 BGB. nicht in Frage steht.

Der Umstand, daß der Vertrag an sich auf zehn Jahre abgeschlossen war, kann nicht abändernd einwirken. Dem Kläger war es jedenfalls hauptsächlich darum zu tun, während des Krieges die wirtschaftliche Ausnutzungsmöglichkeit zu haben und die Chancen der Kriegszeit für sich voll auszunutzen. An eine Aufhebung der derzeit geschaffenen Unmöglichkeit ist ferner in absehbarer Zeit nicht zu denken, zumal nicht nur in der eigentlichen Kriegszeit, sondern auch in der Übergangszeit und auch noch in der Friedenszeit mit einer Fortdauer oder einer Fortwirkung der Einschränkungen hinsichtlich der Lebensmittel zu rechnen ist. Aus diesen Gründen ist auch eine andauernde Unmöglichkeit im Sinne des § 306 BGB. anzunehmen.

Der Vertrag vom 15. Aug. 1915 ist daher nach Maßgabe des § 306 BGB. als von vornherein nichtig zu erachten, da dem Kläger die wirtschaftliche Ausnutzungsmöglichkeit ursprünglich, objektiv und andauernd benommen war und ist, sohin ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vorliegt.

Vgl. nach Analogie mit der Pacht RG. bei Warneyer 1916 Nr. 162.

Die vom Kläger versuchte Anfechtung des Vertrages braucht unter diesen Umständen nicht weiter herangezogen und rechtlich gewürdigt zu werden. Die vom Kläger begehrte Rückerstattung der bereits bezahlten 1500 ℳ unter Gesamthaftung der Beklagten nebst 5% Zinsen seit dem 15. Aug. 1915 ist vielmehr nach Maßgabe der §§ 812, 818 Abs. 1 BGB. und § 427 BGB. gerechtfertigt, die auf die Bezahlung des Restes der Vertragsumme gerichtete Widerklage aber zugleich unbegründet. Es war daher die Berufung der Beklagten, wenn auch das Ber.-Gericht in der rechtlichen Auffassung von der Beurteilung des Landgerichts abgewichen ist, als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil des OLG. München (2. Sen.) v. 16. März 1918. F. w. B. u. Sch. L. 199/17. F—z.

II. Verfahren.

167. Niederlassung i. S. des § 21 ZPO.

Vgl. 66 Nr. 38 m. N.; 71 Nr. 67.

ZPO. § 21.

Die Klägerin klagte auf Grund des § 21 ZPO. vor dem Landgericht in Berlin aus einem daselbst zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrage. Die beklagte Aktiengesellschaft, deren Sitz Landeshut ist, erhob den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit und bestritt, eine Niederlassung in Berlin zu haben; das Berufungsgericht wies die Klage auf Grund folgender Feststellungen ab:

Die Beklagte habe dem Kaufmann H. in Berlin ein Lager im Werte von etwa 100000 M überlassen. H. sei aber nicht Angestellter der Beklagten, sondern ein selbständiger Kaufmann. Er habe ein Geschäftslokal, in welchem sich das Lager der Beklagten befinde, selbständig für eigene Rechnung gemietet, er unterhalte das von ihm angestellte Geschäftspersonal und bezahle die sonstigen Spesen. In demselben Raume habe er noch ein Lager der Firma G. P. untergebracht. Allerdings trage die Beklagte eine Pauschalsumme jährlich für die von H. gemieteten Räume bei. Und an dem Laden befinde sich neben dem Geschäftsschild des Ladeninhabers H. auch ein Firmenschild der Beklagten. Inkassos von der Kundschaft habe H. in Berlin nicht besorgt. Er habe vielmehr regelmäßig der Beklagten für die von ihm in Berlin abgeschlossenen Geschäfte Interimsscheine geschickt. Die endgültigen Rechnungen seien erst von der Beklagten von Landeshut aus ausgefertigt worden. Nur während der Kriegszeit habe H. einzelnen Kunden vom Berliner Lager gegen sofortige Kasse Waren verkauft und auch gleich die Rechnungen dazu ausgestellt. Die ihm übergebenen Waren habe er im übrigen nur zu den mit der Beklagten vereinbarten Preisen verkaufen dürfen.

Die Revision der Klägerin blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Unter Niederlassung im Sinne des § 21 ist eine Geschäftsstelle zu verstehen, welche einesteils in ihren Einrichtungen und Veranstaltungen, insbesondere auch hinsichtlich des darin tätigen Personals, sich äußerlich im Geschäftsverkehre mit dem Publikum als ein Zweiggeschäft des Hauptgeschäfts betätigt, und der anderenteils eigene Entschließung und Selbständigkeit gegenüber dem Hauptgeschäfte, wenn auch nicht in unbeschränktem Umfange zusteht. Hierdurch unterscheidet sich die Niederlassung von einer bloßen Niederlage und einer Agentur, welche bloß Geschäfte vermittelt, und mangels des Rechts eigener Entschließung an die bestimmten, vom Hauptgeschäfte ausgehenden Weisungen gebunden ist. Hieran ändert es nichts, wenn die Agentur gelegentlich in einzelnen besonderen Fällen auch Geschäfte abschließt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich in den Geschäftsbeziehungen zwischen der Beklagten und H. um ein Verhältnis der letzteren Art, nicht um eine Niederlassung. Der Umstand, daß die Beklagte einen erheblichen Teil zu den Geschäftsunkosten des H. beiträgt, berührt nur das innere Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und H. und tritt im Geschäfts-

verkehre nach außen nicht hervor. Unerheblich ist auch, daß H. unter den außergewöhnlichen Verhältnissen der Kriegszeit einzelne Geschäfte abschließt.

Fehlt es hiernach an dem Vorhandensein einer Niederlassung als der ersten Voraussetzung des § 21, so ist kein Raum für das weitere Erfordernis des § 21, daß die Klage sich auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung beziehen muß."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 19. April 1918. J. w. M. & F. (Kammergericht). II. 15/18.

---

168. Die Beschwerdefrist läuft nicht vor der Zustellung der im Kostenfestsetzungsbeschluß in Bezug genommenen Kostenrechnung.
ZPO. § 104.

Das Landgericht hatte die Erinnerung des Beklagten gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß als verspätet zurückgewiesen. Der Beklagte stützte seine Beschwerde darauf, daß ihm zwar am 23. Juni 1917 der Festsetzungsbeschluß zugestellt, die darin als Anlage in Bezug genommene Kostenrechnung aber erst am 29. Juni 1917 zugegangen war. Die Erinnerung wurde vom OLG. für rechtzeitig eingelegt erklärt. Aus den Gründen:

Die am 11. Juli 1917 vom Beklagten selbst eingelegte, am 12. Juli 1917 von seinem Prozeßbevollmächtigten wiederholte Erinnerung ist noch rechtzeitig, d. h. binnen der Notfrist von 2 Wochen (§ 104 Abs. 3 ZPO.) eingegangen. Denn die Notfrist läuft von der Zustellung des Beschlusses ab. Diese Zustellung aber ist nur dann erfolgt, wenn der Kostenfestsetzungsbeschluß seinem ganzen Inhalte nach, so wie er erlassen ist, zugestellt ist. Ist nur ein Teil desselben zugestellt, fehlt dagegen ein anderer Teil, so ist der erlassene Beschluß als solcher nicht zugestellt, und die Beschwerdefrist ist nicht in Lauf gesetzt. Die Kostenrechnung war aber im vorliegenden Falle ein Teil des Beschlusses; denn es waren in dem Beschlusse ausdrücklich die „in der Anlage berechneten" Kosten festgesetzt. Damit war die Anlage zum Bestandteil des gerichtlichen Beschlusses, der auch ohne die Kostenrechnung jeder Spezifikation und Nachprüfungsmöglichkeit entbehrte, erhoben. So lange also die Anlage nicht mitzugestellt war, fehlte es an einer ordnungsmäßigen Zustellung des gerichtlichen Beschlusses. Mit dieser Entscheidung steht der Beschluß des OLG. Darmstadt vom 11. Februar 1908 (Rspr. OLG. 17, 129) nicht im Widerspruch, sondern im Einklang; der Unterschied liegt nur darin, daß in dem damaligen Fall in dem Kostenfestsetzungsbeschlusse selbst — anders wie hier — auf die Kostenrechnung nicht Bezug genommen war, sie bildete damals also keinen Teil des Beschlusses.

Beschluß des OLG. zu Kiel (F.S.) v. 6. Sept. 1917. L. u. G. (W.I. 50/17.) Schlesw.-Holst. Anz. 1918, S. 122.



169. Zulässigkeit der Feststellungsklage bei bestehender Möglichkeit der Erhebung der Klage auf künftige Leistung.

Vgl. 59 Nr. 240.

ZPO. § 256.

Der Beklagte versagte der Klägerin, deren Ehemann am 13. Jan. 1915 als Unteroffizier der Reserve infolge einer im Felde erlittenen Verwundung gestorben ist, mit Rücksicht auf eine aus der Beamtenstellung ihres Ehemanns ihr zustehende Witwenpension die Auszahlung des auf der allgemeinen Versorgung beruhenden Witwengeldes des § 13 MHG., weil dieses nach § 31 Nr. 1 ruhe. Die Klägerin erhob deshalb Klage auf Zahlung von 200 *M* nebst Zinsen und auf Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr bis zu ihrem Ableben ein Gesamtwitwengeld von 500 *M* jährlich zu zahlen.

Das Ber.-Gericht wies den Feststellungsanspruch ab, die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht verneint die Voraussetzungen des § 256 ZPO., weil die Klägerin in der Lage gewesen sei, gemäß § 258 ZPO. die Leistungsklage wegen ihres Witwengeldes auch für die Zukunft zu erheben. Die Regel, daß die Feststellungsklage da nicht statthaft sei, wo die Leistungsklage erhoben werden könne, gilt jedoch nicht ausnahmslos und kann hier keine Anwendung finden. Diese Regel findet ihren Grund darin, daß die Feststellungsklage die Möglichkeit offen läßt, daß trotz des Feststellungsausspruches des Gerichtes ein neuer Rechtsstreit behufs Erlangung des Vollstreckungstitels notwendig wird und daß deshalb der Leistungsklage, die im Falle ihres Erfolges auch die zwangsweise Durchführung des Anspruchs sichert, der Vorzug zu geben ist, wo sie statthaft ist. Dieser Grund entfällt bei Ansprüchen, wie dem hier geltend gemachten. Für die Maßnahmen der Reichs- und Staatsbehörden ist ein Urteil, das die Verpflichtung zur Zahlung feststellt, von der gleichen Bedeutung wie ein solches, das die Verurteilung zu den künftig fällig werdenden Leistungen ausspricht. Ein Streit wegen des Vollstreckungstitels ist nicht zu besorgen, die Gefahr einer Verdoppelung des Prozesses ausgeschlossen. Der Unterschied zwischen dem Feststellungs- und dem Leistungsurteil ist in solchen Fällen ein wesentlich formaler, der nicht dazu führen kann, die Feststellungsklage wegen der Möglichkeit der Erhebung der Klage auf künftige Leistung für unzulässig zu erklären. Daß aber die Voraussetzungen der Feststellungsklage im übrigen, auch von § 280 ZPO. abgesehen, hier vorliegen, bedarf keiner weiteren Begründung. Daß der mit der Feststellungsklage geltend gemachte Anspruch sachlich berechtigt ist, unterliegt keinem Bedenken. Durch die ausgesprochene Feststellung wird nicht ausgeschlossen, daß in Zukunft ein Ruhen der allgemeinen Versorgungsrente nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 MHG. eintreten kann. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 12. April 1918. C. w. Deutsches Reich. (OLG. Cassel.) III. 496/17. Auch in Entsch. 92 Nr. 96 S. 376.

170. Kosten der kreisärztlichen Untersuchung des ausgebliebenen Zeugen.

Vgl. 59 Nr. 135.

ZPO. §§ 380, 381.

Die Zeugin Frau D. war trotz rechtzeitiger Ladung im Termin vor dem Landgericht nicht erschienen, sondern hatte dem Gericht geschrieben, daß sie wegen Nervenkrankheit nicht kommen könne. Das Landgericht ordnete eine ärztliche Begutachtung der Zeugin durch den Kreisarzt an und sah nach dem Eingang des Gutachtens von der Auferlegung einer Strafe wegen unentschuldigten Ausbleibens ab, legte aber der Zeugin die Kosten der Untersuchung auf. Auf Beschwerde der Zeugin wurde dieser Beschluß aufgehoben. Aus den Gründen:

Es mag nach dem den §§ 380, 381 ZPO. zugrunde liegenden Gedanken zulässig sein, daß das Gericht, auch wenn es das Ausbleiben eines Zeugen nachträglich für genügend entschuldigt findet und die den Zeugen zu Strafe und Kosten verurteilende Verfügung gemäß § 384 Satz 2 ZPO. wieder aufhebt, gleichwohl die Verurteilung zu solchen Kosten bestehen läßt, die bei Rechtzeitigkeit genügender Entschuldigung des Zeugen vermieden worden wären. Aber dann kann es sich doch immer nur um solche Kosten handeln, die das zunächst ungenügend entschuldigte Ausbleiben bei sachgemäßer Behandlung notwendig zur Folge gehabt hat. Vorliegend erscheint es aber nicht gerechtfertigt, daß das Landgericht, nachdem die Zeugin Frau D. am 10. Jan. 1918 trotz ordnungsmäßiger Ladung ausgeblieben war und nur schriftlich angezeigt hatte, daß sie wegen Nervenkrankheit nicht kommen könne, ohne weiteres den für ihren Wohnort zuständigen Kreisarzt Dr. H. mit ihrer Untersuchung beauftragte. Vielmehr hätte das Gericht, da grundsätzlich die Beibringung einer genügenden Entschuldigung, wozu auch deren Glaubhaftmachung gehört, dem ausbleibenden Zeugen obliegt, falls es die Strafverfügung mangels Glaubhaftmachung nicht sofort erlassen wollte, der Zeugin die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses auferlegen sollen. Hätte es das eine oder andere getan, würde die Zeugin das sie voll entschuldigende Zeugnis ihres Arztes, das sie dann aus sich heraus nachträglich beigebracht hat, zweifellos sofort eingereicht haben und wäre die Untersuchung durch den Kreisarzt vermieden. Zur Tragung der somit unnötig durch dessen Untersuchung veranlaßten Kosten kann die Zeugin nicht für verpflichtet erachtet werden.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 18. April 1918. Schm. w. Schm. Bs. Z. VI. 26/18. Nö.

---

171. Wirksamkeit der Anordnung aus § 775 Nr. 2 ZPO.

ZPO. § 775 Nr. 2.

Die Klägerin erwirkte in einer Vollstreckungssache am 20. Jan. 1915 einen (ihr am 28. zugestellten) Beschluß des Vollstreckungsgerichts, durch den die Hinterlegung des Erlöses der gepfändeten Sachen bis zur Höhe von 292 ℳ

angeordnet und ihr eine Frist von drei Wochen zur Beibringung einer Entscheidung des Prozeßgerichts über die Fortdauer der Hinterlegung gesetzt wurde. Am 21. desselben Monats wurde die Urschrift des Beschlusses auf Anordnung des Amtsgerichts dem Gerichtsvollzieher M. zur Kenntnisnahme vorgelegt. An demselben Tage erfolgte die Versteigerung der gepfändeten Sachen. Der Gerichtsvollzieher zahlte den Erlös an den Pfändungspfandgläubiger E. aus. Die Klage der Klägerin gegen E. wurde abgewiesen. Die Klägerin beanspruchte nunmehr von dem Staate wegen schuldhafter Amtspflichtverletzung des Gerichtsvollziehers Ersatz der 292 ℳ und der Kosten des Rechtsstreits gegen E. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab, die Revision war erfolglos. Aus den Gründen:

„Es ist völlig zutreffend, wenn das Ber.-Gericht davon ausgeht, daß es nach § 775 Nr. 2 ZPO. zur Wirksamkeit der vollstreckungsgerichtlichen Anordnung der Hinterlegung des Versteigerungserlöses der Vorlage der Beschlußausfertigung durch den Antragsteller bedarf, und wenn es ferner annimmt, daß der Gerichtsvollzieher, dem diese Anordnung auf andere Weise bekannt geworden ist, nicht etwa verpflichtet ist, auch ohne solche Vorlage seitens des Antragstellers bis zum Ablaufe der diesem zur Einholung der Entscheidung des Prozeßgerichts in dem Beschlusse gesetzten Frist mit der Auszahlung des Erlöses zu warten. Die Fristbestimmung fügt nur zu dem Erfordernisse der Vorlage der Ausfertigung des Beschlusses durch den Antragsteller noch ein weiteres hinzu, nämlich die rechtzeitige Einholung der Entscheidung des Prozeßgerichts, widrigenfalls die mit der Vorlage eintretende Wirkung der Anordnung erlischt; deren Wirkung tritt also trotz der Fristbestimmung erst mit der gehörigen Vorlage ein. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 10. Mai 1918. S. w. Preuß. Staat. (OLG. Düsseldorf.) III. 63/18.

---

172. Zur Vollziehung der einstweiligen Verfügung gehört auch eine sich anschließende Leistung des Offenbarungseides.

ZPO. §§ 883; 929 Abs. 2, 936.

Der Schuldner ist durch einstweil. Verfügung des Landgerichts v. 18. Okt 1916 verpflichtet worden, einen bestimmt bezeichneten Hypothekenbrief und eine notarielle Abtretungsurkunde über die Hypothek an einen vom Gläubger zu bezeichnenden Gerichtsvollzieher herauszugeben. Das Gerichtsvollzieiher amt ist angewiesen worden, die Urkunden in Verwahrung zu nehmen oder zu hinterlegen. Die auf Grund der einstweil. Verfügung vorgenommene Zw.-Vollstreckung ist fruchtlos verlaufen; der Schuldner ist daher verpflichtet, den im § 883 ZPO. angegebenen Offenbarungseid zu leisten.

Nun ergibt die vom Schuldner vorgelegte gerichtsseitig an ihn ergangene Ladung, daß Schuldner zur Ableistung des in § 807 ZPO. an-

gegebenen Offenbarungseides vorgeladen ist. Dieser unrichtigen Ladung konnte Schuldner aus den Gründen des Landgerichts mit Recht widersprechen. Wäre aber selbst eine ordnungsmäßige Ladung des Schuldners zur Ableistung des Offenbarungseides nach § 883 ZPO. auf den Eidesleistungstermin v. 19. Dez. 1916 erfolgt, so hätte das Verlangen des Gläubigers auf Abnahme dieses Offenbarungseides an der Vorschrift des § 929 Abs. 2 ZPO. scheitern müssen, welche gemäß § 936 ZPO. auch für einstweil. Verfügungen gilt. Danach ist eine Vollziehung dieser Schuldtitel unzulässig, wenn seit dem Tage, an welchem die einstweil. Verfügung verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch sie erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist. Der Offenbarungseid ist ein dem Gläubiger für das Zw.-Vollstr.-Verfahren gegebener Behelf, der ihn in den Stand setzen soll, zu ermitteln, ob und in welcher Weise er eine bereits fruchtlos versuchte Pfändung gleichwohl noch mit Erfolg werde vornehmen können. Diesen Rechtsbehelf dem Gläubiger noch in einem Zeitpunkte zu gewähren, in welchem eine erneute Vornahme der Vollziehung wegen Fristablaufs unzulässig sein würde, erscheint nicht zulässig. Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß eine frühere in demselben Verfahren ergangene Ladung des Schuldners zur Ableistung des Offenbarungseides lediglich um deswillen nicht zum Ziel geführt hatte, weil der Schuldner ohne Grund der Leistung des Eides widersprochen hatte und sein Widerspruch zurückgewiesen war. Gegen die auf solche Weise eintretende Verzögerung des Verfahrens und den dadurch bedingten Ablauf der Vollziehungsfrist wird sich der Gläubiger wirksam dadurch schützen können, daß er bei dem Gerichte, welches die einstweil. Verfügung erlassen hat, unter Darlegung des Sachverhalts den Erlaß einer neuen einstweil. Verfügung gleichen Inhalts beantragt.

vgl. hierzu die Beschlüsse des OLG. Dresden v. 10. Okt. 1906 und des KG. Berlin v. 12. März 1907, 19. März 1907 und 25. Mai 1909. OLGRspr. 14, 195 bis 202 und 19, 162.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 22. Febr. 1917. P. w. Sp. Bs. Z. VI. 18/17. Nö.

I. Bürgerliches Recht.

173. Der Kettenhandel erfordert die Erkenntnis der Unproduktivität des konkreten Zwischengeschäfts bei den Beteiligten.

Vgl. 73 Nr. 48. 65.

BGB. §§ 134. 138. Preissteig.-Ver. v. 23. März 1916 § 5 Ziff. 3.

Die Klägerin kaufte von der Beklagten am 9. Mai 1917 201½ Mille Zigarren zu einem Gesamtpreis von 31232,50 ℳ und klagte demnächst nach erfolgloser Fristsetzung wegen Nichtlieferung auf Schadenersatz mit der Behauptung, sie habe die Ware für 33852 ℳ an H. weiterverkauft gehabt. Der Klage wurde stattgegeben, die Berufung, zu deren Begründung geltend gemacht wurde, es liege ein sittenwidriger Kettenhandel vor, blieb ohne Erfolg. Zwecks Nachweises eines Kettenhandels war behauptet worden, die Ware sei vom Fabrikanten M. für 20891 ℳ an G. & Co., von diesem für 24034,40 ℳ an A., von diesem am gleichen Tage für 30345,95 ℳ an die Beklagte und von dieser für 31232,50 ℳ an die Klägerin verkauft worden. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Es fragt sich, ob das vorliegende Geschäft sich als unlautere Machenschaft im Sinne des § 5³ der Preissteigerungsverordnung vom 23. März 1916, daher als verboten, und aus diesem Grunde — eventuell aber nach allgemeinen Grundsätzen wegen Sittenwidrigkeit — als nichtig darstellt.

In dieser Hinsicht fehlt es aber an jeder zureichenden Darlegung der Beklagten. Das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen vom 23. März 1917 (JW. 1917, 727) und vom 15. Juni 1917 (Mitteilungen der Preisprüfungsstelle vom 15. Juli 1917) den Begriff des Kettenhandels entwickelt; dieser Begriffsbestimmung wird man im allgemeinen beipflichten können; sie kommt im wesentlichen darauf hinaus, daß das Wesen des Kettenhandels in seiner Unproduktivität im nationalökonomischen Sinne erblickt wird, wobei eine Reihe von Gesichtspunkten für die Beurteilung der Produktivität des Zwischenhandels aufgestellt wird. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß nach Auffassung des erkennenden Gerichts das vom Reichsgericht dabei für den Kettenhandel gleichfalls aufgestellte Begriffsmerkmal des Handelns ‚lediglich aus eigensüchtigen Interessen' auszuscheiden hat.

Die Tätigkeit des Kaufmanns ist auf Gewinn gerichtet. Wenn die Tätigkeit des Kaufmanns außerhalb seiner persönlichen Interessen, aber im allgemeinen Interesse liegende Erfolge zeitigt, so mag das auch vom Gesichtspunkt des handelnden Kaufmanns aus wünschenswert und begrüßenswert sein; es beruht aber auf einer Verkennung des tiefsten Wesens der Kaufmannschaft, wenn man dem Kaufmann beim Bilden seiner Entschlüsse die Verfolgung anderer als eigensüchtiger Interessen aufdrängen und die Verfolgung ‚lediglich eigensüchtiger Interessen‘ irgendwie als illoyal bezeichnen wollte.

Jenes Merkmal ist daher für die Feststellung des Kettenhandelsbegriffs unverwertbar: daß das Handeln lediglich aus eigensüchtigen Interessen erfolgte, unterscheidet das Kettengeschäft nicht von anderen Erwerbsgeschäften, sondern ist ihnen allen gemeinsam. Das subjektiv Verwerfliche des Handelns, die ‚Unlauterkeit‘, die sowohl für die Annahme der Verbotwidrigkeit im Sinne der Preissteigerungsverordnung als für die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten erforderlich ist, kann daher nie darin liegen, daß jemand ein im Sinne jener reichsgerichtlichen Entscheidungen objektiv unnützes und schädliches Zwischengeschäft lediglich zum Zwecke des Geldverdienens unternimmt, sondern immer nur darin, daß er es trotz Kenntnis der ihm den Charakter als Kettengeschäft gebenden Tatsachen unternimmt, oder anders ausgedrückt, die Erkenntnis der Unproduktivität des konkreten Zwischengeschäfts bei den Beteiligten ist subjektive Voraussetzung sowohl für die Annahme einer ‚unlauteren Machenschaft‘, als eines Verstoßes gegen die guten Sitten.

Nach dieser Richtung nun fehlt es an jeder Darlegung; der Berufungskläger hat sich vielmehr darauf beschränkt, die Überflüssigkeit und Schädlichkeit des von der Klägerin getätigten Kauf- und Verkaufgeschäfts in objektiver Hinsicht darzulegen, indem er die zahlreichen Abschlüsse, mittels deren die Ware vom Fabrikanten durch die Hände verschiedener Händler unter steten Preisaufschlägen in die Hände des letzten hier in Frage kommenden Käufers gelangte, auseinandersetzte.

Diese Umstände mögen vielleicht den Schluß rechtfertigen, daß die von der Klägerin getätigten Geschäfte, wenn man das Gesamtbild des Verteilungsprozesses betrachtet, sich als Gliedgeschäfte eines Kettenhandels darstellen. Aber es fehlt an jedem Versuche, darzulegen, daß Klägerin nach irgendeiner Richtung über die zu diesem Schluß führenden Tatsachen unterrichtet war. In Bezug auf Klägerin liegt vielmehr nichts weiter vor, als daß sie von der Beklagten 201½ Mille Zigarren zum Preise von 31232,50 *M* gekauft und sie an eine nach ihrer Behauptung zur Überführung der Ware in den Konsum durchaus geeignete Persönlichkeit zum Preise von 33852 *M* weiterverkauft hat. Diese Tatsachen allein reichen aber in keiner Weise aus, um die Annahme zu rechtfertigen, daß Klägerin sich der etwaigen Tatsache, daß das Geschäft ein Glied einer unzulässigen Kette darstelle, bewußt gewesen sei; im besonderen kann auch nicht etwa davon die Rede sein, daß, wenn nicht besondere Um-

stände vorliegen, die zur Vorsicht mahnen, — (und auch solche sind in keiner Richtung behauptet) — ihm als Kaufmann zuzumuten sei, den Weg der ihm angestellten Ware rückwärts in bezug auf seine etwaigen Vorleute, oder vorwärts in bezug auf etwaige Nachmänner seines Abnehmers zu verfolgen.— —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 12. Juni 1918. H. C. & Co. w. C. & M. u. Gen. Bf. IV. 457/17. Nö.

---

174. Vereinbarung des Erfüllungsorts bei widersprechenden Bestätigungsbriefen.

Vgl. 70 Nr. 143 m. N.

BGB. §§ 157. 269; HGB. 346.

Die Klägerin fordert mit der Klage den Kaufpreis für Papiergarnstoff und Gewebesäcke, die sie der Beklagten auf ihre Bestellung geliefert hatte. Sie berief sich darauf, daß nach dem Briefwechsel bei der Bestellung Oberneukirch als Erfüllungsort vereinbart sei. Die Beklagte erhob unter Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit. Sie machte, indem sie sich gleichfalls auf den Briefwechsel berief, geltend, daß Berlin als Gericht des Erfüllungsorts zuständig sei.

Das Oberlandesgericht verwarf im Gegensatz zum Landgericht die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit aus folgenden Gründen:

„Der unbestrittene Sachverhalt ergibt, daß die Auftragsbestätigung der Beklagten vom 24. November 1916 noch nicht zum Abschluß des Kaufs geführt hat. Die Klägerin ließ durch den Agenten F., der das Geschäft vermittelt hatte, der Beklagten mitteilen, daß sie höhere Preise fordere und deshalb das Geschäft unter den Bedingungen der erwähnten Auftragsbestätigung ablehne. Die Beklagte hat sich dessen beschieden, indem sie in ihrem Brief vom 28. November 1916 ihren Auftrag entsprechend abänderte.

Mit diesem Brief der Beklagten kreuzte sich der Brief der Klägerin vom 28. November 1916, durch den die Klägerin ihrerseits der Beklagten die Bedingungen mitteilte, zu denen sie das Geschäft eingehen wollte. Auf Grund dieser letzteren Mitteilung ist es zum Abschluß des Geschäfts gekommen. Der Brief der Beklagten vom 28. Nov. 1916 nimmt allerdings in einer Weise auf die Auftragsbestätigung vom 24. Nov. 1916 Bezug, die ohne weiteres für die Klägerin erkennbar machte, daß, abgesehen von der Preisstellung die Bedingungen dieser ersten Auftragsbestätigung aufrechterhalten werden sollten. Auch die abgeänderte Bestätigung erfolgte also mit der Maßgabe, daß Erfüllungsort für beide Teile Berlin sei, und das auch dann gelten solle, wenn die Bestätigung der Klägerin etwas anderes enthalten würde. Aus dem Brief der Klägerin vom 28. Nov. 1916 ersah aber die Beklagte mit voller Deutlichkeit, daß die Klägerin auf ihr Verlangen wegen des Erfüllungsorts nicht eingehe. In diesem Brief ist ausdrücklich hervorgehoben, daß Erfüllungsort für

Lieferung, Zahlung und Gerichtsstand Oberneukirch sein solle. Darin lag zunächst die unverkennbare Ablehnung des von der Beklagten hinsichtlich des Erfüllungsorts in ihrer Auftragsbestätigung vom 24. Nov. 1916 gestellten Verlangens. Die Beklagte muß aber daraus, daß keine weitere Erklärung der Klägerin folgte, erkannt haben, daß die Klägerin gegenüber dem Aufrechterhalten dieses Verlangens in ihrer abgeänderten Bestätigung vom 28. Nov. 1916 keine andere Stellung einnehme, sondern an der Ablehnung desselben festhalte und eine erneute Erklärung hierüber nur unterlasse, weil nach ihrer Auffassung ihr Standpunkt für die Beklagte ohnedies klar ersichtlich war. Demgemäß hätte die Beklagte der Bestimmung über den Erfüllungsort im Brief der Klägerin, wenn sie sich ihr nicht unterwerfen wollte, widersprechen müssen. Daß sie das unterließ, durfte von der Klägerin als ihr stillschweigendes Einverständnis angesehen werden, um so mehr als die Klägerin in ihrem Brief ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, daß sie das Unterbleiben einer gegenteiligen Mitteilung als die Bekundung des Einverständnisses auffassen werde. Indem sie dann ohne Widerspruch die Lieferung beginnen ließ und ihrerseits teilweise Zahlung leistete, hat die Beklagte ihr Einverständnis noch weiter zum Ausdruck gebracht.

Mit Recht beruft sich also die Klägerin darauf, daß Oberneukirch als Erfüllungsort, insbesondere auch für den Gerichtsstand vereinbart worden sei. Aus dieser Vereinbarung ergibt sich aber die Zuständigkeit des Landgerichts B. für die gegenwärtige Klage gemäß § 29 und § 38 ZPO."

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 15. Febr. 1918. H. w. W. 3. O. 202/17. F—ch.

---

175. Vertretbarkeit des bei dem Vertragschluß voraussehbaren Eintritts der Lieferungsunmöglichkeit.

BGB. §§ 275. 323. 325.

Die Beklagte verkaufte der Klägerin im Dez. 1914 5000 Zentner schlesische Braugerste, lieferbar Ende Dez. 1914 und Januar 1915, lieferte darauf jedoch nur einen Teil und wandte gegenüber der Schadenersatzforderung der Klägerin wegen Nichtlieferung des Restes ein, infolge der Bekanntmachung des Bundesrats vom 19. Dez. 1914, wodurch der Höchstpreis für Gerste auf 228 ℳ festgesetzt worden sei, hätten die Landwirte vom 24. Dez. 1914, dem Tag des Inkrafttretens der Bekanntmachung, ab den Verkauf von Gerste eingestellt, so daß es ihm, obwohl er sich genügend eingedeckt hatte, unmöglich geworden sei, seine Abnehmer, darunter die Klägerin, mit der ganzen, ihnen vertraglich zukommenden Gerstenmenge zu beliefern; er sei daher von seiner Verbindlichkeit frei geworden. Der Einwand des Beklagten wurde in allen drei Instanzen verworfen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die angefochtene Entscheidung rechtfertigt sich aus folgender Erwägung:

Mitte Dezember 1914, z. Z. des ersten Vertragschlusses war Deutschland von aller ausländischen Zufuhr an Gerste abgeschnitten und auf die heimische Erzeugung angewiesen, die Provinz Schlesien, aus der die Gerste geliefert werden sollte, vor feindlichen Einfällen noch nicht völlig behütet. Wegen der Knappheit der Lebensmittel, insbesondere aller Getreidearten war mit behördlichen Maßnahmen zu rechnen, die den Handel in diesen Waren einengten, namentlich mit der Festsetzung von Höchstpreisen für Gegenstände des notwendigen Nahrungsbedarfs der Bevölkerung, über deren Wirkungen auf die Marktlage noch keine Erfahrungen vorlagen. Wer unter solchen Verhältnissen in unsicherer Kriegszeit Waren von jener Art verkauft, muß sie in seinem Besitz oder dergestalt in seiner Verfügungsmacht haben, daß er sie zur Erfüllung seiner Verpflichtung jederzeit greifen kann. Verläßt er sich auf Deckungsverträge mit Dritten, von denen er nicht bestimmt weiß, daß sie im Besitz der Waren, zur Lieferung imstande und völlig verlässig sind, so tut er das auf seine Gefahr und kann sich überhaupt nicht mehr auf eine Unmöglichkeit der Leistung, die er nicht zu vertreten habe, berufen. Denn bei der gebotenen Überlegung muß er voraussehen, daß, wenn er Waren verkauft, die weder er, noch zur Lieferung bereite Lieferanten von ihm besitzen, ihre Beschaffung durch die Kriegsverhältnisse vereitelt werden kann. Die im Frieden und unter normalen Zuständen für den Handelsverkehr geltende Regel, daß der Großhändler auch Waren verkauft und verkaufen darf, die er nicht besitzt und sich erst beschaffen muß, wird im Krieg durchbrochen. Es ist auch nur billig, daß in Fällen, wie der gegenwärtige, nicht der Käufer, der auf den Vertrag vertraut, den Schaden zu tragen hat, sondern der Verkäufer, der sich bei seinen vertragbrüchigen Lieferanten erholen mag (vgl. auch Urt. des II. ZS. v. 26. Mai 1916 II 75/16)."

Urteil des Reichsgerichts (6. Senat) v. 18. Febr. 1918. S. w. A. (OLG. Dresden). VI. 459/17. Auch in Entsch. 93 Nr. 6 S. 17.

---

176. Nach Eintritt des Verzugs haftet der Schuldner auch für eine durch Zufall eintretende Erschwerung der Leistung.

Vgl. 1 Nr. 44.

BGB. §§ 286. 287; ZPO. § 91.

Der Beklagte wurde nach Erledigung der Hauptsache in die Kosten verurteilt aus folgenden Gründen:

„Kläger hat auf Lieferung der von ihm bestellten Möbel geklagt und diesen Antrag bis zuletzt aufrechterhalten. Zweifellos waren unter ‚Lieferung' alle diejenigen Handlungen zu verstehen, die der Beklagte zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu erfüllen hatte, also nicht bloß die Anfertigung, sondern auch die ihm gewohnheitsrechtlich obliegende Versendung der Möbel nach dem Wohnorte des Käufers. Seine Verpflichtungen einschließlich der zur

Versendung erforderlichen Verpackung hat der Beklagte unstreitig im Oktober 1917 erfüllt. Die Versendung war dem Beklagten aber nach seiner Behauptung damals unmöglich, weil eine Bahnsperre für derartige Güter bestand. Erst im März 1918 hat Kläger bei der Bahn eine ausnahmsweise Zulassung der Beförderung durchgesetzt, worauf der Beklagte die Versendung auch vorgenommen hat, der Klaganspruch sich also erledigte. Das zeigt, daß die Bahnsperre keine zwingende Unmöglichkeit für die Versendung bedeutete, das Hindernis vielmehr durch geeignete Schritte zu beheben war. Eben deswegen kann sich Beklagter nicht darauf berufen. Es ist allerdings richtig, was das Landgericht meint, daß die Übersendungspflicht des Verkäufers ihn nur zu Maßnahmen verpflichtet, wie sie eine Übersendung gewöhnlich erfordert, und daß es an sich Sache des Käufers ist, etwaige außergewöhnliche Hinderungsgründe zu beseitigen. Allein hier war der Beklagte schon längst vor Erhebung der Klage — August 1917 — mit der Lieferung im Verzug. Es mögen allerdings auch schon früher zeitweilig Bahnsperren bestanden haben; die Bahnsperre aber, die den Beklagten im Oktober 1917 hinderte, war, wie sein eigener Brief vom 15. Nov. 1917 ergibt, erst Anfang Oktober 1917 verhängt, und bis dahin hatte er trotz mehrfacher Mahnungen die Möbel nicht einmal fertiggestellt, die Erfüllung seiner Verpflichtungen sogar aus nichtigen Gründen verweigert. Nach dem Eintritte seines Verzugs war es aber Sache des Beklagten, die neu eintretenden Hinderungen zu beseitigen. Das ergibt sich aus den Grundsätzen der §§ 286 u. 287 Abs. 2 BGB. Es ist auch nicht richtig, daß ihm die Erwirkung der ausnahmsweisen Zulassung der Beförderung nicht möglich gewesen sei. Er hatte sich dem Kläger zur Ergreifung der nötigen Maßnahmen zu erbieten und um Mitteilung der die ausnahmsweise Zulassung der Beförderung rechtfertigenden Gründe und Glaubhaftmachungen zu ersuchen. Weshalb dann ihm nicht derselbe Erfolg hätte erreichbar sein sollen wie dem Kläger, ist nicht zu erkennen. Anstatt dessen hat er das mit Belegen versehene dahingehende Verlangen des Klägers v. 23. Jan. 1918 abgelehnt. Lag aber eine Unmöglichkeit der dem Beklagten anzusinnenden Erfüllungshandlungen für ihn nicht vor, so konnte er auch zur Erfüllung verurteilt werden."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 6. Juni 1918. F. H. w. H. Sch. Bf. VI. 35/18. Nö.

---

177. Unwirksamkeit eines unter der Abrede der Beschaffung der Ausfuhrbewilligung abgeschlossenen Kaufvertrags bei Versagung der Genehmigung. Dauer des Schwebezustandes.

BGB. §§ 433. 158. 157; HGB. § 346.

Der Kläger kaufte am 11. Nov. 1915 vom Beklagten 214 Kalbfelle um den Preis von 4947 *M* vorbehaltlich der Erteilung der Ausfuhrbewilligung nach Österreich. Am 3. Jan. 1916 zeigte der Beklagte dem Kläger an, daß die

Ausfuhrbewilligung erteilt sei, und bat um Zahlung des Kaufpreises. Nachdem der Kläger Zahlung geleistet hatte, stellte sich heraus, daß die Ausfuhrerlaubnis noch nicht erteilt sei. Der Kläger verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises und verharrte bei diesem Verlangen auch, nachdem der Beklagte am 12. und 16. Febr. 1915 Ausfuhrbewilligungen erhalten hatte. Er machte geltend, er habe wegen des Wegfalls seines Interesses an der Erfüllung ohne Fristsetzung vom Vertrage zurücktreten dürfen, da nach dem Willen der Parteien der Vertrag unter der stillschweigenden Bedingung abgeschlossen worden sei, daß die Ausfuhrerlaubnis binnen angemessener Zeit, also etwa binnen 2 bis 3 Wochen erteilt werde. Seine Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises hatte Erfolg. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

Die Frage, ob die Erlangung der Ausfuhrerlaubnis eine dem Kaufvertrage beigefügte Bedingung im Rechtssinne (§§ 158ff. BGB.) ist oder ob ihre Beschaffung eine dem Beklagten obliegende Vertragverpflichtung aus dem unbedingt abgeschlossenen Kauf darstellt, könnte vielleicht mit dem Beklagten im letzteren Sinne beantwortet werden, wenn es sich dabei um eine Leistung handelte, deren Bewirkung in seiner Willensmacht gelegen wäre. Allein das ist nicht der Fall: sie liegt völlig außerhalb des Wollens und Könnens des Beklagten; für sie sind Erwägungen volks- und kriegspolitischer Art maßgebend, auf die er keinen Einfluß hat. Im Hinblick hierauf haben die Parteien nach der Überzeugung des Senats die Wirkung ihrer Willenserklärungen davon abhängig machen wollen, daß die vom Beklagten zu beantragende Ausfuhrbewilligung auch wirklich erlangt wird. Sie bildet daher die aufschiebende Bedingung des Kaufs. Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Bestellbriefe des Klägers vom 11. Nov. 1915: „ich kaufe Ihnen fix ab sämtliche offerierten Kalbleder d. h. 259 Stück und ersuche die Ausfuhrbewilligung einholen zu wollen". Kurz zuvor hatte er dem Beklagten geschrieben: „ich kaufe alle Waren vorbehaltlich der Ausfuhrbewilligung". Seine Äußerung vom 11. Nov. ist daher nur in dem Sinne zu verstehen, daß er an seine Kaufanerbieten bis auf die Frage der Ausfuhrbewilligung gebunden sein wollte.

Wie der Beklagte einräumt, ist die Ausfuhrbewilligung Ende November 1915 abgelehnt worden. Damit hatte sich der bis dahin bestehende Schwebezustand erledigt, und es stand nunmehr fest, daß der Kauf der Parteien nicht wirksam zustande gekommen war, wenn dies auch den Kläger, dem der Beklagte keine Mitteilung hierüber zugehen ließ, vorläufig verborgen blieb. Dabei ist unerheblich, ob der ablehnende Bescheid des Reichsamts des Innern von unrichtigen Voraussetzungen ausging. Sie lag vor, und hiervon war nach dem Willen der Vertragschließenden die Frage nach dem Zustandekommen des Vertrages abhängig.

Der Beklagte meint nun zwar, daß er trotz der Ablehnung zur Wiederholung des Gesuchs befugt gewesen sei, dergestalt, daß, wenn er damit Erfolg

habe, der Kläger an den Kauf gebunden bleibe. Ob ihm nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte darin beizutreten sein möchte, kann dahingestellt bleiben. Denn keinesfalls läßt sich nach der Auffassung des redlichen Verkehrs annehmen, daß es der Wille der Parteien gewesen sei, einen Schwebezustand von unbeschränkt langer Dauer auf sich zu nehmen. Wenn schon sie einen bestimmten Zeitraum nicht vereinbart haben, binnen welchem es sich entscheiden müsse, ob die Ausfuhrgenehmigung erlangt werde, so haben sie doch nach der Erfahrung des Lebens mit einer Wartezeit von länger als höchstens 3 Monaten nicht gerechnet und zweifellos gewollt, daß die Bedingung als ausgefallen gelten sollte, wenn die Ausfuhr nicht längstens in 3 Monaten genehmigt war. Die im Brief vom 28. Febr. 1916 zum Ausdruck gekommene Meinung der Zentralstelle ist, soweit sie etwas anderes besagen sollte, bedeutungslos. Innerhalb dieser Frist hat der Beklagte die Bewilligung nicht zu erwirken vermocht und muß deshalb, wie die Vorderrichter mit Recht annehmen, gegen sich gelten lassen, daß die aufschiebende Bedingung des Kaufs ausgefallen ist, auch wenn das nicht schon aus der Ablehnung von Ende November 1915 zu folgern wäre.

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen) v. 26. April 1917 i. S. Cahn w. Cahn. 1. O. 116/16. F—ch.

178. Eigenschaften einer Sache; der Wert eines Auszuges ist keine Eigenschaft des belasteten Grundstücks.

BGB. §§ 459. 463. 434.

Der Kläger kaufte von den Eheleuten J. ein Grundstück unter Übernahme des darauf lastenden Auszuges der Witwe S. Mit der Klage beanspruchte der Kläger Schadenersatz wegen arglistiger Täuschung. Er behauptete, er habe sich durch betrügliche Vorspiegelungen der Eheleute J. über den Wert des auf dem Kaufgrundstücke lastenden Auszuges zum Kaufabschluß bestimmen lassen. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Zutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Schadenersatzanspruch des Klägers, insofern er auf das Erfüllungsinteresse abzielt, durch den § 463 BGB. nur gestützt werde, wenn der Wert des Auszuges, auf den sich die dem Beklagten und seiner Ehefrau zum Vorwurf gemachte arglistige Vorspiegelung bezieht, eine Eigenschaft der Kaufsache, also des verkauften Grundstücks, im Sinne der §§ 459 Abs. 2, 463 BGB. ist. Dies wird auch von der Revision nicht beanstandet, und vergeblich greift sie die Annahme des Berufungsgerichts an, daß der Wert des das Kaufgrundstück belastenden Auszugs eine solche Eigenschaft nicht sei.

Das BGB. unterscheidet in den §§ 434—443 und 459—493 zwischen Mängeln im Recht und Mängeln der Sache und sieht im § 463 und unter den

dort bezeichneten Voraussetzungen einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse oder nach der Gesetzessprache einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung lediglich für die Fälle vor, daß der verkauften Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder daß sie mit einem vom Verkäufer arglistig verschwiegenen Fehler behaftet ist, wie ihn der § 459 in seinem ersten Absatze näher bezeichnet, also bei Mängeln der Sache. Das Belastetsein des verkauften Gegenstandes mit Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, des verkauften Grundstücks insbesondere mit einem sich teils als persönliche Dienstbarkeit, teils als Reallast darstellenden Auszuge, dagegen bezeichnet nach dem § 434 einen Mangel im Recht. Ließe sich der Wert eines Gegenstandes überhaupt als Eigenschaft auffassen, so würde im gegebenen Falle der Wert des das Kaufgrundstück belastenden Auszuges eine Eigenschaft dieses Auszuges, nicht aber auch eine Eigenschaft des Kaufgrundstückes sein. Zwar sind unter Eigenschaften einer Sache nach einer ständigen Rechtsprechung nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse zu verstehen, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Bewertung der Sache zu üben pflegen. Erforderlich ist aber, wie das Berufungsgericht zutreffend betont, daß diese tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse sich unmittelbar auf die Sache beziehen, mit ihr selbst derart verbunden sind, daß das Eigentum an der Sache sie als Teile seines Gegenstandes und Inhaltes in sich schließt (vgl. RGEntsch. 59, 243; 64, 269, sowie RG. bei Warneyer 1909 Nr. 134), und dies trifft bei dem Wert des das Kaufgrundstück belastenden Auszuges im vorliegenden Falle ebensowenig zu wie bei der Unkündbarkeit der das Kaufgrundstück belastenden Hypothek in dem durch das letztangezogene Urteil entschiedenen Falle. Anders verhält es sich mit der Ertragfähigkeit des Kaufgrundstücks und mit den seinen Ertrag mindernden Unkosten in dem Falle, auf den sich das von der Revision in Bezug genommene Urteil des Senats (RGEntsch. 83, Nr. 53) bezieht."

Urteil des Reichsgerichts (5. Senat) v. 27. April 1918. M. w. F. (OLG. Breslau). V. 368/17.

---

179. Anspruch des Maklers auf den ihm als Vergütung versprochenen Überpreis, wenn das vermittelte Geschäft nicht ordnungsmäßig abgewickelt wird.

Vgl. 67 Nr. 78.
BGB. § 652.

Die Parteien schlossen am 13. September 1916 einen Vertrag, nach welchem dem Kläger, falls es ihm gelänge, gewisse vom Beklagten vertriebene Lebensmittel an die Firma W. abzusetzen, der dabei jeweils erzielte Überpreis



gebühren sollte; auch sollte der Kläger für alle ohne seine Vermittelung mit der Firma W. getätigten Abschlüsse eine beim Abschluß fällige Provision erhalten. Der Kläger verkaufte darauf der genannten Firma für Rechnung des Beklagten Bouillon-Extrakt, wobei er einen Überpreis von 1,50 ℳ pro Kilo erzielte. Er bestätigte den Abschluß beiden Teilen, dem Beklagten mit dem Zusatze: „Meine Courtage von Ihnen ℳ 1,50 per Kilo sofort zahlbar nach Ordnung des Geschäftes." Die Ware wurde geliefert und bezahlt, aber wegen angeblicher Mängel zurückgegeben und der Kaufpreis zurückvergütet. Mit der Klage fordert der Kläger restliche 500 ℳ des Überpreises. Der Beklagte widersprach, weil das Geschäft nicht in Ordnung gegangen sei, und erhob Widerklage auf Rückzahlung bereits bezahlter ℳ 2522,50. Der Klage ist stattgegeben, die Widerklage abgewiesen worden. Aus den Gründen:

Wie der erkennende Senat bereits in dem in der Sache G. gegen von E. (Bf. III. 33/17) ergangenen Urteile ausgeführt hat, hängt die Entscheidung der Frage, ob der vom Verkäufer dem Mäkler versprochene Überpreis nur dann geschuldet wird, wenn das Geschäft ordnungsmäßig abgewickelt worden ist, von der Gestaltung des Einzelfalles ab. Im vorliegenden Falle überwiegen aber die Umstände, welche dafür sprechen, daß es sich bei dem dem Kläger gebührenden Überpreis um eine reine Vermittlervergütung gehandelt hat, die nach der gesetzlichen Regel mit dem Abschlusse des vermittelten Geschäfts geschuldet wurde. Hierfür kommt namentlich in Betracht, daß im Vertrage ausdrücklich vereinbart war, die dem Kläger bei direkten Geschäften zwischen dem Beklagten und der Firma W. zugesagte Provision solle jeweilig beim Abschlusse des Geschäfts fällig sein, und daß kein Grund vorliegt, anzunehmen, der Kläger habe bei den von ihm vermittelten Geschäften ungünstiger gestellt werden sollen. Entscheidend aber ist, daß der Kläger bei dem streitigen Geschäft tatsächlich ohne Widerspruch des Beklagten nicht Zwischenhändler, sondern Vermittler gewesen und als solcher aufgetreten ist. Er hat den Parteien Schlußnoten zugestellt und sich vom Beklagten Bezahlung von „Courtage" ausbedungen. Daß er diese erst „nach Ordnung des Geschäfts" beansprucht hat, kann ihm nicht entgegengehalten werden. Offenbar ging er davon aus, daß das Geschäft geordnet sei, wenn die Schlußnoten — wie dies auch geschehen ist — beiderseits ohne Widerspruch entgegengenommen würden, und in einem anderen Sinne konnte auch der Beklagte jene Worte nicht verstehen. Daß der Kläger dadurch auf ein ihm nach dem Vertrage zustehendes Recht habe verzichten wollen, ist nicht anzunehmen, weil er dazu keinen vernünftigen Grund hatte.

Urteil des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 23. Mai 1918. O. R. F. w. G. G. Bf$_4$. III. 298/17. Nö.

180. Keine Anfechtung eines Prozeßvergleichs auf Grund des § 323 ZPO*; Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums**.

Vgl. *69 Nr. 56 m. N.; **70 Nr. 125 m. N.
ZPO. § 323; BGB. §§ 119. 779.

Der Beklagte wurde 1909 vom Kläger an einem Unterschenkelbruch ärztlich behandelt. Während des Krankenlagers entstand am Kreuzbein eine Wunde infolge Durchliegens, die brandig wurde. Der Beklagte hat einen Teil seiner Erwerbsfähigkeit eingebüßt. Für den ihm dadurch entstandenen und in Zukunft noch entstehenden Schaden nahm er den Kläger im Vorprozeß in Anspruch mit der Behauptung, daß sein Verlust an Erwerbsfähigkeit auf fahrlässige Behandlung durch den Kläger zurückzuführen sei. In diesem Vorprozeß wurde Professor Dr. H. als Sachverständiger vernommen und äußerte sich hinsichtlich des Grades und der Ursache der Erwerbsunfähigkeit des Beklagten dahin, es könne mit ziemlicher Sicherheit festgestellt werden, daß der Beklagte infolge der Verwachsung der Narbe im Rücken mit dem Knochen und infolge der Beschaffenheit des verletzten Beines zum mindesten 75% erwerbsunfähig bleiben würde. Darauf kam ein Vergleich zwischen den Parteien zustande, durch den sich der Kläger verpflichtete, dem Beklagten auf dessen Entschädigungsanspruch wegen nicht gehöriger ärztlicher Behandlung des Beinbruchs 1156 M Kur- und Heilungskosten und bis zum vollendeten 70. Lebensjahre des Beklagten eine jährliche Rente von 700 M zu zahlen.

In einem weiteren Vorprozeß der Berufsgenossenschaft gegen den Kläger gab Professor Dr. H. nach nochmaliger Untersuchung des Beklagten sein Gutachten dahin ab, daß der Dekubituswunde am Kreuz nur ein gewisser Prozentsatz — etwa 10—20% — des jetzigen Verlustes an Arbeitsfähigkeit bei dem Beklagten zuzuschreiben sei.

Auf Grund dieses Gutachtens focht der Kläger den Vergleich dem Beklagten gegenüber wegen Irrtums an und begehrte Herabsetzung der vergleichsweise zugestandenen Rente von 700 auf 140 M jährlich. Hilfsweise stützte er den Anspruch auch noch auf § 323 ZPO. Das Landgericht gab der Klage statt, das OLG. wies sie ab. Die Revision blieb erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Mit Recht lehnt der Berufungsrichter die Anwendung des § 323 ZPO. ab. Diese Bestimmung bezieht sich ihrem Wortlaute und auch ihrem Zwecke nach nur auf V e r u r t e i l u n g e n zu wiederkehrenden Leistungen. Wenn auch durch die Prozeßnovelle vom 17. Mai 1898 der frühere Abs. 2 des § 7 RHpflG. und in einigen Landesgesetzen sich findende gleichgerichtete Bestimmungen in § 323 eine Verallgemeinerung erfahren haben, so war doch immerhin nur eine Ausnahme gegenüber dem Grundsatz der materiellen Rechtskraft der U r t e i l e bezweckt. Wenn die Parteien ihren Streit durch einen Vergleich erledigen, so begeben sie sich auf das Gebiet des Vertragsrechts und haben die Möglichkeit, einer etwa später eintretenden Änderung der

Verhältnisse im Vergleich Rechnung zu tragen. Der Richter ist dagegen hierzu nicht in der Lage, er ist bei der Urteilsfällung an die Prozeßlage gebunden, wie sie zur Zeit des Urteils sich darbietet, auf die Möglichkeit einer zukünftigen Änderung der Sachlage kann und darf er keine Rücksicht nehmen. Es konnte also nur für Verurteilungen zu wiederkehrenden Leistungen aus Billigkeitsrücksichten eine gesetzliche Bestimmung in Frage kommen, die eine Abänderung des Urteils ermöglicht, wenn später eine wesentliche Veränderung derjenigen Verhältnisse eingetreten ist, die für die Verurteilung maßgebend waren. Für den Fall des Vergleichs bestand diese Notwendigkeit nicht. Die Wirksamkeit, Anfechtbarkeit und Abänderbarkeit eines Vergleichs, auch eines vor dem Prozeßgericht geschlossenen, kann daher nur nach den Vertraggrundsätzen des bürgerlichen Rechts beurteilt werden. Ob und inwieweit ein Vergleich wegen einer später eintretenden wesentlichen Änderung der Verhältnisse der Abänderung unterliegt, richtet sich nach seinem Inhalt und ist unter Umständen in Wege der Vertragauslegung zu ermitteln. Der Berufungsrichter hat denn auch den Vergleich vom 30. Jan. 1913 daraufhin geprüft, ob die darin festgesetzte Rente nur im Hinblick auf den damaligen Zustand des Beklagten gelten, im Falle einer Besserung dieses Zustandes hingegen eine entsprechende Verminderung der Rente stattfinden sollte, ist aber zu der Überzeugung gelangt, daß es an jedem Anhalte dafür fehle. An diese tatsächliche Feststellung, die eine Verletzung von Auslegungsgrundsätzen nicht erkennen läßt, ist das Revisionsgericht gebunden.

Es kann ferner kein Rechtsverstoß in den Ausführungen gefunden werden, mit denen der Berufungsrichter die Anwendbarkeit des § 779 BGB. verneint hat. Zutreffend geht er davon aus, daß die Unwirksamkeit des Vergleichs einen Irrtum zur Voraussetzung hat, der sich auf den dem Vergleich als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalt bezieht, stellt aber fest, daß gerade die Frage, ob und inwieweit durch Narbenverwachsung der Kreuzbeinwunde mit dem Knochen die Erwerbsfähigkeit des Beklagten beeinträchtigt worden sei, einen Streitpunkt gebildet habe und Gegenstand der Beweisaufnahme durch Gutachten des Professors H. gewesen sei.

Es mag der Revision zugegeben werden, daß das H.sche Gutachten welches Narbenverwachsung als dauernde Unfallsfolge annahm und die Minderung der Erwerbsfähigkeit des Beklagten auf 75% schätzte, für den Kläger die Veranlassung zum Vergleich und die Grundlage für die Rentenbemessung gebildet hat. Daraus folgt aber noch nicht notwendig, daß jene Frage zur Zeit des Vertragabschlusses die Eigenschaft eines Streitpunktes unter den Parteien verloren gehabt hätte. Das ist auch nicht daraus zu entnehmen, daß in den Schriftsätzen, die der Kläger nach Erstattung des Gutachtens einreichte, diese Frage gegenüber den anderen Streitpunkten: Verschulden des Klägers, Mitverschulden des Beklagten, Höhe des Schadens, zurückgetreten ist. Das konnte auch darin seinen Grund haben, daß der Kläger

es für aussichtslos hielt, in jener Frage noch gegen das Gutachten anzukämpfen. Jedenfalls läßt der Inhalt des Vergleichs nicht erkennen, daß zur Zeit seines Abschlusses die Parteien von der unstreitigen Tatsache ausgegangen wären, es liege Narbenverwachsung als dauernde Unfallfolge vor. Dem Berufungsrichter kann daher nicht entgegengetreten werden, wenn er feststellt, daß diese Frage einen durch den Vergleich erledigten Streitpunkt gebildet habe.

Es kommt aber hinzu, daß der § 779 BGB. die Unwirksamkeit eines Vergleichs von zwei Voraussetzungen abhängig macht, nämlich einmal davon, daß der nach seinem Inhalt als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht, und ferner, daß der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden wäre. Die letztere Voraussetzung ist keinesfalls gegeben. Der durch den Vergleich erledigte Streit wäre auch dann entstanden, wenn von vornherein die Narbenverwachsung und ihre Eigenschaft als dauernde Unfallfolge zwischen den Parteien unstreitig festgestanden hätte. Es blieb dann noch immer der Streit darüber bestehen, ob und inwieweit den Kläger ein Verschulden träfe, sowie über die Schadenhöhe.

Was schließlich die Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums nach § 191 BGB. betrifft, so kann auch in dieser Frage die Entscheidung des Vorderrichters im Ergebnis nicht mißgebilligt werden. Der erkennende Senat hat wiederholt ausgesprochen, daß der Irrtum einer Partei über einen durch den Vergleich erledigten Streitpunkt die Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB. nicht zu begründen vermag; denn insofern handelt es sich nicht um einen Irrtum über den Erklärungsinhalt, sondern um einen unbeachtlichen Irrtum im Beweggrund. Es ist gerade der Zweck des Vergleichs, die bestehende Ungewißheit über die streitigen Punkte durch gegenseitiges Nachgeben zu beseitigen und anstelle des ungewissen Zustandes einen für beide Teile verbindlichen gewissen Zustand zu setzen. Beide Parteien rechnen damit, daß die Sache so oder auch anders sein kann, sind sich also ihrer Irrtumsmöglichkeit bewußt. Die Anfechtung wegen Irrtums in bezug auf einen früheren Streitpunkt würde daher dem Zweck des Vergleichs widersprechen."

Urteil des Reichsgerichts (7. Senat) v. 26. April 1918. K. (Kl.) w. K. (OLG. Stettin). VII. 24/18.

---

181. Der Tod eines Beteiligten ist auf die Auszahlung eines Schecks ohne Einfluß.

Scheckges. v. 11. März 1908; BGB. § 791.

Nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrage hatte die Beklagte die Verpflichtung übernommen, einen Geldbetrag von 653,95 ℳ gegen die übliche Vergütung an den Grafen E. v. L. in M. auf Java auszuzahlen. Der Vertrag ist als ein Werkvertrag aufzufassen, da die Auszahlung



des Geldes, der wirtschaftliche Erfolg, und nicht die Tätigkeit der Beklagten den Gegenstand des Vertrags bildet. Da der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden nach § 675 BGB. die Vorschriften über den Auftrag Anwendung.

Der Kläger behauptet, daß die Beklagte den Auftrag vertragwidrig ausgeführt habe, indem sie das Geld nicht an den Grafen L., sondern nach dessen Tode an die Weeskamer in Batavia, die nach holländischem Recht mit der Abwicklung von Nachlässen befaßte Behörde, habe auszahlen lassen.

Ein eigenes Verschulden der Beklagten bei Ausführung ihrer Verpflichtung liegt nicht vor. Die gewählte Art der Ausführung durch Übersendung eines auf eine Bank in Batavia ausgestellten Schecks ist im Geschäftsverkehr der Banken üblich. Es fragt sich, ob die Neederlandsche Handels Maatschappij in Batavia als Bezogene bei Auszahlung des Schecks an die Weeskamer schuldhaft gehandelt hat. Die Beklagte war nach § 267 BGB. berechtigt, sich bei Ausführung des ihr übertragenen Geschäfts der genannten Bank zu bedienen und würde für ein Verschulden der Bank nach § 278 BGB. verantwortlich sein. Indessen war die Bank in Batavia nach den für den Scheckvertrag geltenden Bestimmungen berechtigt, den Betrag des Schecks nach dem Tode des Scheckempfängers an die nach holländischem Rechte den Nachlaß für die Erben des Grafen L. verwaltende Behörde, die Weeskamer, auszuzahlen. Das Scheckgesetz enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung darüber, welchen Einfluß der Tod eines Beteiligten auf die Rechte und Pflichten aus dem Scheckvertrag ausübt. Es kommt aber der für die Anweisung geltende § 791 BGB. zur Anwendung, wonach die Anweisung nicht durch den Tod eines der Beteiligten erlischt. (Vgl. Apt. Scheckgesetz 1918 S. 44 und Anm. 4 zu § 13 SchGes.). Hiernach hat die Bank in Batavia mit Recht den Scheckbetrag an die Weeskamer als legitimierten Vertreter der Rechtsnachfolger des Grafen L. ausbezahlt. Es lag keine Abweichung von der Weisung des Auftraggebers vor, die die Bank in Batavia und sodann die Beklagte verpflichtet hätte, gemäß § 665 Satz 2 BGB. vor der Abweichung dem Kläger Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten. Die Beklagte und ihre Gehilfin haben die übernommene Verpflichtung so ausgeführt, wie sie nach den gesetzlichen Bestimmungen auszuführen war. Es mag dabei bemerkt werden, daß auch, wenn der Kläger selbst oder durch Vermittelung der Beklagten den Geldbetrag mit Postanweisung oder durch Wertbrief an die Adresse des Grafen L. übersandt hätte, das Geld bzw. der Brief an die Weeskamer ausgehändigt worden wäre, wie ja auch der Einschreibebrief, der den Scheck enthielt, von der Post der Weeskamer ausgeliefert worden ist. Denn nach § 39 XIII RPostO. vom 20. März 1900 dürfen Postsendungen, die an verstorbene Personen gerichtet sind, den Erben ausgehändigt werden, wenn sich diese als Erben gehörig ausgewiesen haben, und es darf bei der Übereinstimmung der Vorschriften im internationalen Postverkehr angenommen

werden, daß eine gleiche Bestimmung auch für das niederländische Postrecht gilt.

Urteil des OLG. zu Kiel (2. ZS.) v. 2. April 1918 Schlesw.-Holst. Anz. 1918 S. 82. S. w. K. (U II. 143/17).

---

182. Bestellung zu einer Verrichtung i. S. des § 831 BGB.

Vgl. 70 Nr. 35 m. N.

BGB. § 831.

Die Klägerin hat von der Firma W. Schrott gekauft und von dem Beklagten, dem jene Firma die Ausführung des Auftrags übertragen hatte, geliefert erhalten; sie hat nach Maßgabe des auf ihrem Werke von ihrem Platzmeister K. festgestellten Gewichts Zahlung an die Firma W. geleistet und diese wiederum an den Beklagten; vertragliche Beziehungen bestanden zwischen den Parteien nicht. Die Klägerin ist nun bei jenen Lieferungen von dem Schwager des Beklagten, R. W., der unter der Firma des Beklagten handelnd auftrat, betrogen worden. Sie forderte vom Beklagten auf Grund von § 831 BGB. Schadenersatz. Der Beklagte bestritt, daß diese Bestimmung auf das Verhältnis zwischen ihm und W. anwendbar sei. Das Geschäft mit der Firma W. habe W. gemacht; er, Beklagter, habe sich darum nicht gekümmert; er habe dem W. lediglich gestattet, unter seiner, des Beklagten, Firma Geschäfte in Schrottlieferungen zu machen, da W. wegen des schwebenden Konkursverfahrens auf eigenen Namen keinen Kredit erhalten hätte; dieser habe unter Benutzung des Namens des Beklagten ein von dessen Betriebe vollständig getrenntes Geschäft in eigenen Räumen geführt und sei bei Vornahme aller seiner geschäftlichen Handlungen von Anweisungen des Beklagten völlig unabhängig gewesen.

In allen drei Instanzen wurde die Anwendbarkeit des § 831 BGB. bejaht. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Zu einer Verrichtung bestellt ist, wem von einem anderen, von dessen Weisungen er mehr oder minder abhängig ist, eine Tätigkeit übertragen worden ist; diese kann tatsächlichen oder rechtlichen Charakters, entgeltlich oder unentgeltlich, dauernd oder vorübergehend, niederer oder höherer Art sein, und die Bestellung kann sich auf einen ganzen Geschäftskreis oder eine einzelne Tätigkeit beziehen; sie kann bei Geschäften rechtlicher Art mit einer Vertretungsmacht verbunden sein oder ohne eine solche ergehen; eine allgemeine Bestellung begreift auch die einzelnen, im Rahmen des Auftrags liegenden Handlungen (RGZ. Bd. 91 S. 364). An der Hand dieser Grundsätze darf die Anwendbarkeit des § 831 auf den vorliegenden Fall angenommen werden. In der Ermächtigung des W., sich bei den mit Dritten abzuschließenden Geschäften der Firma des Beklagten zu bedienen, liegt tatsächlich eine Bestellung zu einer Mehrheit von Verrichtungen, zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit Wirksamkeit für und gegen den Beklagten; wenn dieser auch

nach der mit W. getroffenen Vereinbarung mit den einzelnen Geschäften nichts zu tun hatte, sich darum überhaupt nicht kümmerte und nicht kümmern sollte, so trat doch W. nach außen mit Willen des Beklagten als dessen Angestellter auf und, wenn er auch bei der Vornahme seiner geschäftlichen Handlungen unter der Firma des Beklagten von dessen Weisungen unabhängig war, so konnte ihm doch Beklagter jederzeit das Recht, unter seiner Firma Geschäfte abzuschließen, entziehen. Wem das Ergebnis des von ihm mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäfts tatsächlich zugute kam oder zur Last fiel, ob ihm oder dem Beklagten, ist für die hier zu entscheidende Frage gleichgültig; entscheidend ist, daß das Geschäft, weil es unter der Firma des Beklagten mit dessen Willen, also mit rechtlicher Wirkung für und gegen ihn abgeschlossen wurde, ein Geschäft des Beklagten war, und ebenso unerheblich ist es, ob die in der Ermächtigung zur Benutzung der Firma liegende Bestellung des W. im Interesse des Beklagten lag oder nicht, ob er sie insbesondere nur im Interesse des W. selbst vorgenommen hatte. Es lag nicht bloß, wie die Revision meint, dem äußern Anscheine nach eine Bestellung vor, sondern es hatte tatsächlich eine solche stattgefunden."

Urteil des Reichsgerichts (6. Senat) v. 25. März 1918. W. w. O. S. (OLG. Düsseldorf) VI 438/17. Auch in Entsch. 92 Nr. 87 S. 345.

---

183. Erbschaftssteuer; Bedeutung des „Dienst- oder Arbeitsverhältnisses" i. S. des § 11 Ziffer 4h Erbschaftssteuergesetzes.

ErbschStG. § 11 Ziffer 4h.

Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Was die Befreiungsvorschrift in § 11 Ziffer 4h RESt G. angeht, so ist zwar darin dem Berufungsgericht nicht beizutreten, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes „Dienst- oder Arbeitsverhältnis" darauf hinweise, daß es nicht auf die rechtliche, sondern auf die wirtschaftliche Art des Verhältnisses ankomme. Zu dieser Auffassung gibt weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmung Anlaß. Diese lautete in der Regierungsvorlage (§ 13 Ziffer 2c):

„Von der Erbschaftssteuer befreit bleiben Personen, welche dem Hausstande des Erblassers angehört und darin in einem Dienstverhältnisse gestanden haben, sofern der Erwerb nicht mehr als 1000 M beträgt".

Ursprünglich war also beabsichtigt, nur den zum Hausstande gehörigen Bediensteten und Angestellten, denen in Anerkennung treuer Dienste eine letztwillige Zuwendung bis zu 1000 M gemacht worden war, für diese Zuwendung Steuerbefreiung zu gewähren. Die Reichstagskommission beschloß aber eine Erweiterung sowohl des Personenkreises als auch der Wertgrenze, und es wurden schließlich die Worte: „dem Hausstande des Erblassers angehört und darin in einem Dienstverhältnisse gestanden haben" ersetzt durch

die Worte: „in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse zum Erblasser gestanden haben". Die Wertgrenze wurde auf 3000 ℳ erhöht.

Hieraus ergibt sich, daß jedes Arbeits- oder Dienstverhältnis zum Erblasser für die Steuerbefreiung genügt, daß also insbesondere auch freie Arbeiter unter die Befreiungsvorschrift fallen. Dagegen läßt die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung in keiner Weise erkennen, daß auch Personen, die dem Erblasser Dienste geleistet haben, ohne rechtlich dazu verpflichtet gewesen zu sein, der Begünstigung des Gesetzes teilhaftig sein sollen. Das würde auch nicht dem Gesetzeszweck entsprechen, der offensichtlich dahin geht, den Lohnarbeitern (im weitesten Sinne), als den wirtschaftlich Schwächeren, eine besondere Vergünstigung zukommen zu lassen. Unter „Dienst- oder Arbeitsverhältnis" im Sinne des § 11 Ziffer 4 h RESt G. ist daher ein Vertragverhältnis nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts zu verstehen, kraft dessen der eine Teil dem anderen (dem Erblasser) gegenüber zur persönlichen Leistung von Diensten oder Arbeiten auf eine gewisse Dauer gegen Entgelt verpflichtet war. Dabei kommt es für die Frage der Steuerbefreiung weder auf die Art der geleisteten Dienste oder Arbeiten, noch auch darauf an, ob der Dienst- oder Arbeitnehmer in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Erblasser gestanden hat. Bei der allgemeinen Fassung der Gesetzesbestimmung ist für eine solche Unterscheidung kein hinreichender Anhalt geboten, auch nicht aus dem Gesetzeszweck zu folgern. Die Befreiungsvorschrift kommt daher auch selbständigen Unternehmern zugute, wenn sie im Rahmen des Unternehmervertrags dem Erblasser während einer gewissen Dauer persönliche Dienste oder Arbeiten geleistet haben und in Anerkennung dieser Leistungen mit einer letztwilligen Zuwendung bis zu 3000 ℳ bedacht werden. Das gilt insbesondere von Pensionsinhabern, die innerhalb des Pensionsvertrags den in die Pension Aufgenommenen außer Wohnung und Beköstigung auch persönliche Dienstleistungen gewährt haben."

Urteil des Reichsgerichts (7. Senat) v. 23. April 1918. Bayer. Staat w. R. (OLG. München). VII. 44/18.

---

184. Die Untersuchung der Ware auf Mängel hat sich unter Umständen auch auf die Verpackung der Ware zu erstrecken.

Vgl. 69 Nr. 194 m. N.

HGB. § 377.

Die Beklagte, eine Hamburger Firma, hat dem in Breslau ansässigen Kläger im Dezember 1916 Fischsülze und Muschelfleisch in Gläsern verkauft, und zwar laut Schlußnota „ab Lager Hamburg inkl. Verpackung in Kisten mit Sägespänen."

Die Ware ist in Kisten von je 80 Gläsern verpackt gewesen und hat in Hamburg gelagert. Beklagte hat den Lieferschein der hiesigen Filiale der Dres-

dener Bank als Vertreterin des Klägers übergeben. Dieser hat dann die Ware so wie sie war, ohne sie zuvor hier einer Untersuchung zu unterziehen, nach Breslau an seine dortige Niederlassung versenden lassen, wo sie am 28. Dez. 1916 eingetroffen und noch bis Ende Monats untersucht worden ist. Dabei hat sich herausgestellt, daß in allen Kisten eine große Anzahl von Gläsern zerbrochen und der Inhalt dadurch verdorben war. Kläger hat den Bruch auf schlechte Verpackung zurückgeführt und diesen Mangel am 8. Januar 1917 gerügt, auch Ende desselben Monats den Schaden durch zwei Sachverständige besichtigen lassen. Mit der Klage fordert er als Schadenersatz den vereinbarten und bereits beglichenen Kaufpreis für die zerbrochenen Gläser mit *M* 948,50. Die Klage ist abgewiesen worden. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Kläger fordert mit der Klage aus dem Kaufvertrage der Parteien Schadenersatz wegen angeblich schuldhaft mangelhafter Verpackung der gekauften Ware. Erfüllungsort für die Verpflichtung der Beklagten aus dem Kauf war nach Gesetz und Vertrag Hamburg. Hier ist die Ware auch tatsächlich in die Verfügungsgewalt des Klägers übergegangen. Da es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handelt, so war daher Hamburg auch der Ort der dem Kläger nach § 377 HGB. obliegenden Untersuchungspflicht. Diese hatte sich nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falls auch auf die Verpackung zu erstrecken. Es handelt sich um Fischsülze und Muschelfleisch in Gläsern. Diese waren für sich allein nicht versandfähig. Beide Parteien wußten aber nach Sachlage, daß die Ware von Hamburg, wo sie lagerte, nach Breslau, dem Sitze der Handelsniederlassung des Klägers, verschickt werden sollte. Überdies war ausdrücklich vereinbart, daß die Ware ab Lager Hamburg in Kisten mit Sägespänen verpackt zu liefern sei. Es war also eine besondere Art der Verpackung beredet und die Kisten, in denen die Ware verpackt verkauft wurde, waren damit auch als solche Gegenstand des Handelskaufs geworden. Kläger mußte daher in Hamburg als dem Ort der Ablieferung nicht nur die Ware selbst, sondern auch die ausdrücklich als solche mitverkaufte Verpackung einer Untersuchung unterziehen und etwaige Mängel unverzüglich rügen, widrigenfalls Ware und Verpackung nach § 377 HGB. als genehmigt zu gelten hatten.

Die Untersuchung der Ware selbst mußte notgedrungen etwaige Mängel der Verpackung und jedenfalls die von den Breslauer Sachverständigen festgestellten Fehler derselben offenbaren. Sie waren ihrer Natur nach — zu geringes Ausstopfen der Zwischenräume mit Makulatur — so augenfällig, daß ein ordentlicher Kaufmann sie bei Aufwendung der im Handelsverkehr gebotenen Sorgfalt entdecken mußte. Der Handel erheischt möglichst schnelle Klarstellung, ob noch mit Reklamationen zu rechnen oder ob das Geschäft als endgültig abgewickelt zu betrachten ist. Dem Kaufmanne muß notwendig im Interesse eines geordneten Handelsverkehrs daran liegen, möglichst bald zu

wissen, welche Posten er endgültig in seine Bücher einstellen kann. Vorliegendenfalls durfte die Beklagte damit rechnen, daß der Kläger unverzüglich nach der Ablieferung die Ware selbst untersuchen werde. Sie durfte daher auch, abgesehen von dem Gesichtspunkt des § 377 HGB., davon ausgehen, daß der Kläger damit zugleich auch die Verpackung besichtigen und etwaige Mängel entdecken werde. Wenn daher der Kläger von der Ablieferung um etwa Mitte Dez. 1916 bis zum 8. Jan. 1917 schwieg und erst dann Mängel der Verpackung rügte, so hat er durch dieses sein Verhalten, auch abgesehen von der Vorschrift des § 377 HGB., nach allgemeinen Grundsätzen und Anschauungen des Handelsverkehrs zu erkennen gegeben, daß er Ware und Verpackung nicht beanstanden wolle. Kläger mußte jedenfalls damit rechnen, daß sein Verhalten nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte so ausgelegt werden dürfe. Wenn er gleichwohl nicht früher rügte, so muß er solche Auslegung gegen sich gelten lassen. Dies selbst dann, wenn man mit dem Kläger davon ausgehen wollte, daß eine Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange erst in Breslau, wo die Ware am 28. Dezember 1916 angekommen ist, möglich war und erwartet werden konnte, und selbst wenn man die in die Zeit bis zum 8. Jan. 1917 fallenden Feiertage mitberücksichtigt. Die Aufnahme der alljährlich im Januar stattfindenden Inventur konnte so wenig wie die behauptete militärische Einziehung des Lagerhalters des Klägers einen ausreichenden Hinderungs- und Entschuldigungsgrund abgeben. Ware wie auch Verpackung haben daher sowohl nach § 377 HGB. wie nach allgemeinen Grundsätzen und Gebräuchen des Handelsverkehrs als genehmigt zu gelten. Damit fällt die Klage.

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 30. April 1918. C. W. w. P. Gebr. u. Gen. Bf. III. 30/18. Nö.

---

185. Beginnt eine vereinbarte achttägige Reklamationsfrist mit dem Empfange des Lieferscheins oder erst mit dem Empfange der Ware? Genügt die rechtzeitige Absendung des Rügeschreibens?

HGB. §§ 377; 359 Abs. 2.

Der Beklagte verkaufte der Klägerin am 19. Okt. 1915 etwa 15 bis 25 Barrels Kokosöl, über dessen Prozentsatz an Verseifbarkeit Näheres bestimmt ist, mit den Bedingungen: ab Lager Hamburg, Lieferung prompt, Zahlung netto Kasse bei Übernahme, welche innerhalb drei Tagen, also bis zum 22. d. Mts. hier (in Hamburg) erfolgen muß; ferner: Reklamationen wegen der Qualität der Ware sind spätestens innerhalb acht Tagen nach Empfang derselben zu machen. Der Beklagte übersandte am 22. Okt. der Deutschen Bank in Hamburg den Lieferschein über die Ware nebst Faktura und teilte der Bank mit, die Klägerin habe ihn laut ihrer telephonischen Meldung bei der Bank

zu dem Wert der Ware akkreditiert; er erteilte zugleich der Bank seine Verfügung über den Fakturenbetrag und teilte ihr ferner mit, er nähme an, daß die Klägerin die Bank beauftragt habe, den Lieferschein an die Firma G. auszuliefern. Der Klägerin schrieb der Beklagte am 22. Okt., er habe der Bank den Lieferschein übergeben mit dem Ersuchen, „entsprechend Ihrer der Bank wohl zugehenden Weisung den Betrag an mich zu zahlen und den Lieferschein alsdann an die Firma G. auszuliefern."

Die Klägerin hatte tatsächlich weder die Deutsche Bank angewiesen, dem Beklagten zu zahlen, noch ihr überhaupt irgendeine Weisung zugehen lassen; sie hatte vielmehr die Ware an die Firma B. in E. weiterverkauft, und diese ersuchte die Bank, aber erst am 26. Okt., den Lieferschein an Gr. zu senden. Bezahlt wurde die Ware bei der Deutschen Bank am 26. Okt. Mit Schreiben vom 4. Nov., das im Laufe des 5. Nov. in die Hände des Beklagten gelangte, rügte die Klägerin die nicht vertragmäßige Beschaffenheit der Ware. Die hierauf gestützte Klage wurde vom Ber.-Gericht abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es fragt sich, wann unter den obwaltenden Umständen die vereinbarte achttägige (§ 359 Abs. 2 HGB.) Reklamationsfrist begann und wann sie endete, und zwar ist zunächst zweifelhaft, ob es für Beginn des Laufs der Frist auf den Empfang des Lieferscheins oder der Ware selbst ankommt. Ebenso wie bei der „Ablieferung" des § 377 HGB. muß es in dieser Hinsicht genügen, wenn der Käufer in Erfüllung des Kaufvertrags in eine solche Beziehung zur Kaufsache kommt, daß er sich durch einseitigen Akt sofort ihren tatsächlichen Gewahrsam verschaffen, sie untersuchen und über sie verfügen kann (vgl. RGEntsch. 73, 391). Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, daß im vorliegenden Falle der Besitz des Lieferscheins diese Möglichkeit gewährte, und daß es nicht auf den Besitz der Ware selbst ankommt. Denn daß die Ware selbst für den Besitzer des Lieferscheins sofort greifbar war, ist unbestritten. Der Beklagte hatte mit der Aushändigung des Lieferscheins seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrage vollen Umfangs genügt. Er brauchte und konnnte keine weiteren Schritte tun, um die Ware selbst der Klägerin zu verschaffen.

Jedoch kann dem Landgericht darin nicht gefolgt werden, wenn es den Empfang erst dann als erfolgt ansieht, als die Bank den Lieferschein der Firma Gr. aushändigte. Es spricht vielmehr alles dafür, den Beginn des Laufs der Reklamationsfrist schon auf den 22. Okt. zu setzen, denn von diesem Tage an stand es im freien Willen der Klägerin, den Lieferungsschein einzulösen, und sobald sie dies tat, was sie einseitig tun konnte, stand ihr der Lieferschein und damit die Ware zur Verfügung. Der Beklagte hatte mit der Aushändigung des Lieferscheins an die Bank und der Weisung an diese, die er als vermutlich von der Klägerin beauftragt bezeichnete, alles getan, was er nach dem Kaufvertrage zu tun hatte, und sich für den Fall der Zahlung der Verfügungsgewalt über den Lieferschein begeben. Es würde nicht der Billigkeit

entsprechen, zuzulassen, daß nunmehr die Klägerin durch beliebige Hinauszögerung der Zahlung die Reklamationsfrist beliebig sollte verlängern können, während sie zur „prompten" Einlösung verpflichtet war.

Will man aber nicht so weit gehen, so muß jedenfalls die Reklamationsfrist mit dem Zeitpunkte beginnen, in welchem die Bank seitens der Klägerin Zahlung erhielt, was am 26. Okt. geschehen ist. Denn wenn auch die Bank nicht ausdrücklich Beauftragte der Klägerin gewesen sein mag, so muß sie doch als eine neutrale Stelle angesehen werden, die von der Bezahlung des Kaufpreises an den Besitz des Lieferscheins für die Klägerin ausführte. Die Bank war vom Beklagten angewiesen, von der Bezahlung an den Lieferschein zur Verfügung der Klägerin zu halten. Tatsächlich ist auch die Bank unter dem 26. Okt., dem Tage der Einlösung des Lieferscheins, ersucht worden, den Lieferschein an die Firma Gr. zu senden, und zwar ist dies Ersuchen von der Frima Br. ausgegangen und von der Bank am 27. ausgeführt, und die Firma Gr. hat den Lieferschein am 28. Okt. erhalten. Diese Verzögerung geht nicht zu Lasten des Beklagten; spätestens mit dem 26. Okt., an welchem Tage die Firma Br. nach Einlösung des Lieferscheins bei der Bank über diesen verfügte, sicherlich aber am 27. Okt., als die Bank diese Verfügung erhielt und ausführte, war die Ware im Sinne der Vertragsbedingungen empfangen, und es begann damit der Lauf der Reklamationsfrist.

Diese ist nicht innegehalten, da der Beklagte die Reklamation erst am 5. Nov. erhalten hat. Bei der Annahme, daß der Lauf der Frist am 22. Okt. beginne, ist dies nicht zweifelhaft. Aber selbst wenn man annehmen wollte, daß die achttägige Frist erst mit dem 27. Okt. zu laufen begonnen hätte, so endete sie mit dem 4. Nov. Nun mag die Klägerin den Reklamationsbrief, der vom 4. Nov. datiert und am 5. Nov. zwischen 12 und 1 Uhr vormittags von der Post mit dem Abgangsstempel versehen worden ist, wie anzunehmen ist, am 4. Nov. der Post übergeben haben; aber beim Beklagten angelangt ist er erst am 5. Nov. Wenn für derartige Reklamationen eine bestimmte Frist vereinbart ist, so ist — anders als im § 377 HGB. gesetzlich bestimmt ist, — anzunehmen, daß nach dem Willen der Vertragschließenden die Frist derart innegehalten werden soll, daß die Rüge dem Verkäufer innerhalb der Frist zugegangen sein muß. Wenigstens aber ist dies bei Kaufgeschäften, die am Wohnort des Verkäufers beiderseitig ausgeführt werden sollen, bei „Platzgeschäften", als Vertragwille anzusehen. Danach ist die Frist unter keinen Umständen von der Klägerin innegehalten worden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (2. Sen.) v. 28. Mai 1918. Cont. Chem. Ges. und Gen. w. R. B. Bf. II. 366/17. Nö.

II. Verfahren.

186. Beratungspflicht des Anwalts; Verletzung derselben bei unterlassenem Hinweis auf erhebliche Kosten, die durch die auftraggemäße Erhebung einer Widerklage entstehen.

Vgl. 68 Nr. 43.
BGB. §§ 611. 675; RAO. § 28.

Der Kläger vertrat in einem Rechtsstreite N. gegen F., in dem N. mit der Klage die Bezahlung von 12000 M als Teil einer Vertragstrafe von 1425000 M verlangte, den Beklagten und erhob in seinem Namen Widerklage auf Feststellung, daß N. eine Vertragstrafe überhaupt nicht zu beanspruchen habe. Mit der jetzt vorliegenden Klage begehrte der Kläger vom Beklagten die nach einem Streitwerte von 1425000 M berechneten Gebühren von 2745,35 M. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, weil er einen Auftrag zur Erhebung der Widerklage nicht gegeben, der Kläger seinen Auftrag überschritten und ihn, den Beklagten, falsch beraten habe, und erhob Widerklage auf Schadenersatz wegen der durch die Widerklage gegen N. entstandenen Gerichtskosten von 7169 M. Vom Ber.-Gericht wurde der Beklagte verurteilt und seine Widerklage abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen:

„Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte der Beklagte den Kläger mit der Erhebung der Widerklage gegen N. beauftragt. Eine Überschreitung des Auftrags lag also nicht darin, daß der Kläger diese Widerklage durch Verlesung des Antrags in der mündlichen Verhandlung erhob. Insoweit ist das Berufungsurteil nicht zu beanstanden.

Rechtsirrig ist dagegen die Annahme, daß der Kläger den Beklagten nicht falsch beraten habe. Die Aufgabe des Rechtsanwalts umfaßt auch die Verpflichtung, den Auftraggeber vor Schritten zu bewahren, die unnötig oder doch mit Gefahren verbunden sind, die nicht in einem angemessenen Verhältnisse zu dem erstrebten Ziele stehen. Gegenüber der auf 12000 M beschränkten Klage bedeutete die auf die ganze Vertragstrafe von 1425000 M sich erstreckende Widerklage eine außerordentliche Erweiterung des Streitgegenstandes und damit eine ganz ungewöhnliche Erhöhung der Kosten. Die darin für den Beklagten liegende Gefahr gebot eine besonders sorgfältige Prüfung der Frage, ob die Widerklage unter allen Umständen erhoben werden mußte, in welchem Zeitpunkte dies geschehen sollte und ob namentlich für den Zweck des Beklagten, auf den Gegner einzuwirken, nicht einstweilen die Ankündigung der Widerklage genügte, statt sie, wie geschehen, schon in dem ersten auf die Klage anberaumten Termin durch Verlesung des in der Klagebeantwortung angekündigten Antrags zu erheben. Wenn, wie das Berufungs-

gericht feststellt und auch dem Kläger erkennbar war, der Beklagte nicht wußte, daß eine Widerklage erst durch Verlesung des Antrags in der mündlichen Verhandlung erhoben werde (ZPO. § 281), mußte der Kläger ihn darüber und über den Unterschied belehren, der bezüglich der Kosten der bloßen Ankündigung und der Erhebung der Widerklage bestand, oder doch wenigstens für seine Person erwägen, ob nicht zur Vermeidung unnötiger Kosten die bloße Ankündigung der Widerklage einstweilen genügte. Darin, daß dies nicht geschah, lag eine Pflichtverletzung, für die ein Entschuldigungsgrund nicht vorhanden ist. Das Verhalten des Klägers wird insbesondere nicht dadurch entschuldigt, daß die Widerklage erhoben werden mußte, wenn der Beklagte über den Betrag der Klage hinaus eine rechtskräftige Entscheidung über den Vertragstrafenanspruch haben wollte. Denn es bedurfte der Entscheidung, ob die Widerklage schon jetzt erhoben werden sollte und mußte, um die Interessen des Beklagten zu wahren. Das Berufungsgericht gibt zu, daß der gesamte Streitstoff schon auf die Klage hin erörtert werden konnte, ja sogar mußte, und sagt ferner, es sei nicht einzusehen, welchen Zweck die Verlesung der Anträge in dem fraglichen Termin überhaupt gehabt habe, da die Klagebeantwortung erst unmittelbar vorher dem Gegenanwalt übergeben worden, ein sachliches Ergebnis der Verhandlung also nicht zu erwarten war. Eine fahrlässige Verletzung der Beratungspflicht des Rechtsanwalts liegt aber auch in der Art und Weise, wie der Kläger den Beklagten auf die aus der Widerklage zu erwartende Mehrung der Kosten hinwies. Da es sich um eine ganz außergewöhnliche Erhöhung handelte, durfte der Kläger sich nicht darauf beschränken, auf eine ‚sehr erhebliche‘ Steigerung hinzuweisen und es dem Beklagten anheimzustellen, sich bei dem Bureauvorsteher des Klägers nach dem Betrag zu erkundigen. Er mußte sich vielmehr selbst um die Höhe der Kosten kümmern, den ungefähren Betrag, nötigenfalls mit Hilfe seines Bureauvorstehers, feststellen und den Beklagten, wie die erste Instanz zutreffend angenommen hat, darüber belehren, wie außerordentlich hoch, nämlich auf mehrere 1000 *M*, sich die Mehrkosten belaufen würden. Auch dies ist nicht geschehen. Für Art und Umfang der Beratung durch den Rechtsanwalt kommt es wesentlich auch auf die Person des Auftraggebers an. Die erste Instanz hat darauf hingewiesen, daß der Beklagte aus dem Handwerkerstande hervorgegangen und in juristischen Dingen ganz unerfahren sei. Das Berufungsgericht hat etwas Abweichendes nicht festgestellt. Unter diesen Umständen ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Kläger die Beratungspflicht des Rechtsanwalts nach den beiden angegebenen Richtungen fahrlässig verletzt hat.“

Urteil des Reichsgerichts (3. Senat) v. 8. Mai 1918. J. v. H. (KG. Berlin). III. 37/18.

187. Keine Anwendung der Vorschriften über Ablehnung der Gerichtspersonen im Verfahren vor den Mieteinigungsämtern.

§§ 42 ff. ZPO; VO. v. 26. Juli und 15. Sept. 1917 zum Schutze der Mieter und Anordnungen des Reichskanzlers vom gleichen Tage (RGBl. 659. 661. 834).

Der Angeklagte, ein Beamter des Amtsgerichts B., dem am 15. März 1918 seine Wohnung auf den 15. April 1918 gekündigt worden war, stellte am 16. März beim Amtsgerichte B. als Mieteinigungsamt unter Bezugnahme auf die Bestimmungen der VO. des Bundesrats vom 26. Juli 1917 zum Schutze der Mieter (RGBl. 659) den Antrag, zu beschließen, ob ihm nicht mit Rücksicht auf die derzeitigen Verhältnisse eine längere Kündigungs- oder Räumungsfrist zuzubilligen sei. Auf die Mitteilung des Antrags an den damaligen Anwesensbesitzer bestritt dieser die sachliche Berechtigung des Antrags und erklärte gleichzeitig, daß er den Vorsitzenden des Einigungsamtes als unmittelbaren Vorgesetzten des Antragstellers als befangen ablehne. Mit Beschluß vom 25. März 1918 traf das Amtsgericht B., vertreten durch Oberamtsrichter X., eine dem Antragsteller günstige Entscheidung. Das Landgericht hob diesen Beschluß auf Beschwerde des Anwesensbesitzers wegen der Nichtberücksichtigung des Befangenheitseinwands als nichtig auf und erklärte in einem weiteren Beschluß den Ablehnungsantrag für unbegründet.

Das Oberlandesgericht hob auf die Beschwerde des Anwesensbesitzers den letzten Beschluß auf und wies das Ablehnungsgesuch als unzulässig zurück. Aus den Gründen:

„Nach Art. I der VO. des Bundesrats vom 15. Sept. 1917 (RGBl. 834) betr. Änderung der Bek. vom 26. Juli 1917 sind, solange — wie hier — im Bezirk einer Gemeinde die im § 1 der letztgenannten Verordnung vorgesehenen Befugnisse weder einem Einigungsamt noch einer anderen Stelle übertragen sind, die Amtsgerichte für die im § 1 Abs. I Nr. 1, 2 bezeichneten Entscheidungen für zuständig und die Vorschriften des § 4 über die Besetzung der Einigungsämter in diesem Falle für unanwendbar erklärt. Daraus folgt aber an sich noch nicht, daß in dem Verfahren vor den Amtsgerichten als Mieteinigungsämtern die Vorschriften der Zivilprozeßordnung wie im gewöhnlichen Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor diesen Gerichtsbehörden mittelbare oder unmittelbare Anwendung zu finden haben. Vielmehr ist in der Anordnung des Reichskanzlers vom 15. Sept. 1917 für das Verfahren vor den Amtsgerichten in Mieteinigungssachen (RGBl. 834) in dieser Richtung ausdrücklich bestimmt, daß die Anordnung für das Verfahren vor den Einigungsämtern vom 26. Juli 1917 (RGBl. 661) auf das Verfahren vor den Amtsgerichten, soweit sie für die in § 1 Abs. I Nr. 1, 2 der VO. vom 26. Juli 1917 bezeichneten Entscheidungen zuständig sind (mit den beiden hier nicht weiter in Betracht kommenden Maßgaben), Anwendung findet. Eine Entscheidung nach § 1 Abs. I Nr. 1 der VO. vom 26. Juli 1917 steht aber hier in Frage, da um die Zubilligung einer längeren Kündigungs- oder Räumungsfrist beim

Amtsgericht als Einigungsamt nachgesucht ist. Es sind deshalb ausschließlich die in der Anordnung des Reichskanzlers vom 26. Juli 1917 enthaltenen Verfahrensvorschriften hierfür maßgebend. Diese Vorschriften regeln aber das Verfahren vor den Einigungsämtern und folglich auch vor den als solche tätigen Amtsgerichten völlig selbständig und erschöpfend. Sie sollen dazu dienen, die möglichst rasche und zweckmäßige Entscheidung über die hier in Frage stehenden Streitigkeiten zwischen Mieter und Vermieter durch die angerufenen Einigungsämter herbeizuführen, und gewähren diesen daher weitgehende durch gesetzliche Verfahrensschranken möglichst wenig eingeengte Befugnisse zur Erreichung jenes Zweckes. Die Vorschriften der ZPO. finden daher in diesem Verfahren nur insoweit Anwendung als dies, wie in § 7 Abs. II der Anordnung des Reichskanzlers vom 26. Juli 1917, ausdrücklich bestimmt ist.

Das ist aber hinsichtlich der Bestimmungen der ZPO. über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen nicht geschehen. Ein Ablehnungsverfahren nach Maßgabe der §§ 42ff. dieses Gesetzes findet daher in dem Verfahren vor den Mieteinigungsämtern überhaupt nicht statt. Die Zulassung eines solchen würde es jeder böswilligen Partei jederzeit ermöglichen, die Tätigkeit des Einigungsamtes, bei der es sich in jedem Fall doch um die Schaffung einer möglichst raschen Abhilfe im Rahmen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit handelt, lahmzulegen oder sie doch derart zu behindern, daß die Zweckmäßigkeit der ganzen durch die bedrängten Verhältnisse während der Kriegszeit notwendig gewordenen staatlichen Einrichtung ebenso in Frage gestellt würde wie durch die etwaige Zulassung eines Instanzenzuges nach Maßgabe der ZPO. in diesem Verfahren. Deshalb sind in § 3 Abs. I der VO. vom 26. Juli 1917 die Entscheidungen der Einigungsämter der Anfechtbarkeit überhaupt entzogen worden. Es ist hier vollständig dem Anstands- und Rechtsgefühl der Mitglieder der Einigungsämter überlassen, ob sie sich in dem Falle, wenn sie sich für befangen erachten oder die Besorgnis der Befangenheit gegen sie von einer Partei geltend gemacht und darauf eine Ablehnung gestützt wird, der Entscheidung unterziehen wollen oder nicht. Ein solches Mitglied und, wenn ein Amtsgericht als Einigungsamt besteht, der Vorstand dieses Amtes kann sich unter Umständen strafrechtlich verantwortlich oder zivilrechtlich schadenersatzpflichtig machen und, soweit es sich um einen Beamten handelt, der in dieser seiner Eigenschaft bei einer Entscheidung eines Einigungsamtes mitgewirkt hat, auch dienststrafrechtlich ahndbar; aber anfechtbar im Wege eines Rechtsmittels ist eine derartige Entscheidung nicht, mag die Anfechtung begründet werden wie immer. Sie kann nur auf neuerliches Anrufen durch eine weitere Entscheidung des Einigungsamts wieder aufgehoben oder abgeändert werden.

Bei dieser Sach- und Rechtslage hätte das Landgericht das Ablehnungsgesuch schon aus dem formalen Grunde als unzulässig sofort abweisen müssen, weil ihm zu dessen Verbescheidung jede Zuständigkeit fehlte. Der mit der Beschwerde angefochtene Beschluß des Landgerichts stellt sich daher als un-

gesetzlich dar und war aufzuheben. Zugleich war, da die Beschwerde zur endgültigen Entscheidung reif ist, das Ablehnungsgesuch des Beschwerdeführers schon jetzt als gesetzlich unzulässig abzuweisen. Die sachliche Würdigung dieses Gesuchs ist auch in der Beschwerdeinstanz ausgeschlossen."

Beschluß des Oberlandesgerichts München (2. Senat) vom 7. Mai 1918. Z. w. St. Beschw.-Reg. 135/18. F—z.

---

188. Unverschuldete Verzögerung in der Zustellung des Armenrechtsbeschlusses als unabwendbarer Zufall i. S. des § 233 ZPO*; mitwirkendes Verschulden der Partei schließt die Wiedereinsetzung aus.

Vgl. 70 Nr. 24.

ZPO. § 233.

„Die Klägerin, die in der ersten Instanz bereits im Armenrecht geklagt hatte, beantragte in einem vom 8. August 1917 datierten am 10. August 1917 nachmittags zwischen 2 und 4 Uhr bei dem Kammergericht eingegangenen Schriftsatz die Bewilligung des Armenrechts und die Beiordnung eines Rechtsanwalts zwecks Einlegung der Berufung. Sie bat dabei um tunlichste Beschleunigung, weil die Berufungsfrist am 13 August 1917 abliefe. Dem Antrage war eine Abschrift des erstinstanzlichen Urteils beigefügt, zwecks Glaubhaftmachung des Unvermögens der Gesuchstellerin zur Bezahlung von Gerichtskosten war auf das bei den Prozeßakten befindliche Armutszeugnis Bezug genommen. Das Kammergericht bewilligte durch Beschluß vom 11. August 1917 ohne vorgängige Einforderung der Akten das Armenrecht und ordnete der Klägerin den Rechtsanwalt K. in Berlin, Potsdamerstraße 37, bei. Noch an demselben Tage wurde eine Ausfertigung dieses Beschlusses angefertigt und zwecks Zustellung an den Rechtsanwalt K. durch den Gerichtsdiener zur Post gegeben. Der Briefumschlag trägt den Poststempel „Berlin W. 35, 11. 8. 17, 5—6 N." In der Anschrift ist die Wohnung des Rechtsanwalts K. mit W. 57 Potsdamerstraße 37 angegeben. Die Angabe des Postamts mit W. 57 war unrichtig, sie ist demnächst mit Bleistift durchstrichen und durch die richtige Angabe W. 35 ersetzt worden, und zwar, wie der auf dem Briefumschlag befindliche Nachsendungsstempel ergibt, durch die Post selbst. Am 14. August 1917 ist die Zustellung an Rechtsanwalt K. durch den Postboten des Postamtes W. 35 erfolgt. Noch am 14. August 1917 ging bei dem Kammergericht die Berufungsschrift mit dem Wiedereinsetzungsantrage des Rechsanwalts K. ein. Das Kammergericht hat die Wiedereinsetzung bewilligt, weil es für die Klägerin ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 ZPO. gewesen sei, daß der am 11. August 1917 zur Post gegebene Zustellungsbrief nicht schon an diesem oder am folgenden, sondern erst am Tage nach dem Ablaufe der Berufungsfrist dem Rechtsanwalt K. zugegangen sei.

Dieser Erwägung des Berufungsgerichts ist an sich beizutreten. Nachdem der das Armenrecht bewilligende Beschluß am 11. August 1917 ergangen und noch an demselben Tage ausgefertigt war, durfte damit gerechnet werden, daß die Einlegung der Berufung innerhalb der am 13. Augnst 1917 ablaufenden Berufungsfrist möglich sein werde. Daran wird auch nichts dadurch geändert, daß der dazwischen liegende Tag, der 12. August 1917, ein Sonntag war. Wie das Reichsgericht in dem Urteile vom 14. März 1918 (IV. 403. 17) näher ausgeführt hat, bedurfte es keiner förmlichen Zustellung des die Bewilligung des Armenrechts anordnenden Beschlusses an den beigeordneten Anwalt, sondern genügte dessen formlose Bekanntmachung, z. B. durch Behändigung seitens eines Gerichtsdieners oder durch den Fernsprecher. Es wäre daher möglich gewesen, dem Rechtsanwalt K., dessen Bureau nicht weit vom Kammergericht entfernt ist, noch am Nachmittage des 11. August oder jedenfalls am Vormittage des 13. August von seiner Beiordnung und den zur Einlegung der Berufung erforderlichen Daten Kenntnis zu geben. Aber auch bei der durch den Gerichtsschreiber gewählten Art der Bekanntmachung durch Zustellung durch die Post mußte im regelmäßigen Bestellbetriebe die Zustellung am Montag den 13. August morgens erfolgen, da für die Erledigung von Zustellungen im § 5 der Anweisung des Reichspostamts vom 1. März 1914 (Preuß. Just. Min. Bl. S. 453) vorgeschrieben ist, daß die Zustellung bei der nächsten Bestellgelegenheit erfolgen muß. Da der Zustellungsbrief am 11. August nachmittags zwischen 5 und 6 Uhr auf dem Postamt abgestempelt worden ist, so hätte die Zustellung spätestens bei der ersten Bestellung am Montag den 13. August geschehen müssen. Die Verzögerung um einen Tag ist auch anscheinend nur darauf zurückzuführen, daß das zuständige Postamt 35 wegen der in der Anschrift stehenden unrichtigen Augabe des Postbestellbezirks die Sendung an das Postamt 57 übersandt und dann erst von diesem zurückerhalten hat. Für die unrichtige Angabe des Postbestellamts ist aber die Klägerin ebensowenig verantwortlich zu machen wie dafür, daß das Postamt 35 den bei ihm eingegangenen Zustellungsauftrag, obwohl der angegebene Zustellungsort in seinem Bezirke lag, zunächst an das Postamt 57 abgegeben hat. Die bei der Zustellung des Beschlusses vom 11. August 1917 eingetretene Verzögerung beruht hiernach auf einem von der Klägerin nicht abzuwendenden Zufall.

Die Revision macht geltend, daß dieser Zufall nur um deswillen die Versäumung der Berufungsfrist zur Folge gehabt habe, weil die Klägerin überhaupt ihr Armenrechtsgesuch zu spät, nämlich erst drei Tage vor dem Ablaufe der Berufungsfrist eingereicht habe. Diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Die Klägerin war allerdings verpflichtet, alle nach Lage der Sache vernünftigerweise aufzuwendende Sorgfalt zur Einhaltung der Berufungsfrist zu beobachten, sie durfte daher das, was sie zur Wahrung

der Frist zu tun hatte, nicht bis zur letzten Stunde aufschieben. Sie mußte vielmehr ihr Gesuch um Bewilligung des Armenrechts und Beiordnung eines Rechtsanwalts so zeitig anbringen, daß bei regelmäßigem Geschäftsgange hinreichend Zeit zur Beschlußfassung auf das Gesuch, zur Bekanntgabe der Entscheidung an den beigeordneten Anwalt und zur Anfertigung und Einreichung der Berufungsschrift verblieb. Das Berufungsgericht hat nun zwar sich nicht ausdrücklich darüber ausgesprochen, ob es im gegenwärtigen Falle die am 10. August 1917 geschehene Einreichung des Armenrechtsgesuchs noch als rechtzeitig und ohne schuldhaftes Zögern erfolgt angesehen hat. Es kann aber nicht angenommen werden, daß dem Berufungsgericht der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts feststehende Grundsatz unbekannt geblieben ist, daß jedes bei der Versäumung der Notfrist mitwirkende Verschulden der Partei eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausschließt. Wenn also das Berufungsgericht die Versäumung der Berufungsfrist als auf einem unabwendbaren Zufall im Sinne des § 233 ZPO. beruhend bezeichnet hat, so muß dieser Ausspruch dahin verstanden werden, daß damit ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin an der Fristversäumnis hat verneint und demgemäß die Einreichung des Armenrechtsgesuchs als rechtzeitig erfolgt hat bezeichnet werden sollen. Ein Rechtsirrtum ist hierin nicht zu finden. Denn die Frage, wie lange vor dem Ablaufe der Rechtsmittelfrist ein Armenrechtsgesuch eingereicht werden muß, um eine schuldhafte Zögerung der Partei als ausgeschlossen anzusehen, ist lediglich auf Grund der Umstände des einzelnen Falles zu beurteilen und daher nach freiem richterlichen Ermessen zu entscheiden. Jedenfalls läßt sich nicht sagen, daß die Einreichung des Gesuchs am vierten Tage vor dem Ablaufe der Berufungsfrist unter keinen Umständen mehr als rechtzeitig betrachtet werden darf, und besondere Umstände, die diese Auffassung im vorliegenden Falle als ausgeschlossen erscheinen lassen müßten, sind nicht dargetan."

Urteil des Reichsgerichts (4. Senat) v. 16. Mai 1918. A. w. P. (KG. Berlin). IV. 40/18.

---

189. Bedeutung des im Laufe des Rechtsstreits über den Streitgegenstand ergehenden Schiedsspruchs gegenüber der prozeßhindernden Einrede des Schiedsvertrags.

Vgl. 12 Nr. 314; auch 35 Nr. 121.
ZPO. §§ 274 Nr. 3, 1040.

Gegenüber der auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrags gerichteten Klage erhob die Beklagte die prozeßhindernde Einrede, daß nach dem Inhalt des über den Kauf ausgestellten Schlußscheins die

Entscheidung des Rechtsstreits durch ein Schiedsgericht zu erfolgen habe. Landgericht und Oberlandesgericht erklärten die Einrede für begründet. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach dem Tatbestande des erstinstanzlichen Urteils, auf welchen das Berufungsgericht als vorgetragen verweist, hat die Beklagte während des vorliegenden Rechtsstreits bei dem Schiedsgericht der Korporation der Kaufleute zu K. Klage mit dem Antrage erhoben, festzustellen, daß sie zur Lieferung an den Kläger aus dem Vertrage nicht verpflichtet ist. Es sind darauf vor dem Erlasse des erstinstanzlichen Urteils der Spruch des Schiedsgerichts in erster Instanz vom 26. Juni 1916 und der Spruch des Oberschiedsgerichts vom 19. Oktober 1916 ergangen. Beide Schiedssprüche sind vorgetragen.

Das Landgericht ist auch in den Entscheidungsgründen auf sie eingegangen. Es führt am Schlusse seiner Gründe aus, daß, weil das Oberschiedsgericht den Feststellungsanspruch der Beklagten abgewiesen habe, eine der Erhebung der prozeßhindernden Einrede aus § 274 Nr. 3 ZPO. entgegenstehende rechtskräftige schiedsgerichtliche Entscheidung nicht vorliege.

Im Berufungsurteile sind die Schiedssprüche nur insoweit erwähnt, als in den Gründen gesagt ist, es sei hier nicht zu entscheiden, ob das Schiedsgericht mit Recht angerufen sei. Damit aber ist die den Schiedssprüchen zukommende Bedeutung nicht erschöpft und mit Berechtigung wird es von der Revision als ein dem angefochtenen Urteile anhaftender Mangel bezeichnet, daß es weiter die Schiedssprüche nicht prüft. Auch wenn der Kläger aus dem Erlasse der Schiedssprüche besondere Einwendungen nicht ausdrücklich hergeleitet hat, mußte, nachdem die Schiedssprüche zum Gegenstande der Verhandlung gemacht worden sind, ihre Bedeutung für die Entscheidung über die Einrede der Beklagten erörtert werden.

Ergibt sich, wie die Revision behauptet, daß die Schiedssprüche ordnungsmäßig zugestellt und hinterlegt sind, so sind sie — was Aufgabe des Tatrichters ist — sachlich zu prüfen und auszulegen. Die Einrede, daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter zu erfolgen habe, ist, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat (vgl. JW. 1910, 711[17]), nur so lange als eine prozeßhindernde gegeben, als ein formell gültiger Schiedsspruch noch nicht vorliegt. Ist durch einen Schiedsspruch über das Streitverhältnis entschieden, so hat dieser unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils (§ 1040 ZPO.). So lange ein solcher Spruch nicht im Wege der Klage nach § 1041 a. a. O. aufgehoben oder seine Ungültigkeit durch die Abweisung der gemäß § 1042 erhobenen Klage ausgesprochen ist, steht dem Beklagten nur die Einrede der entschiedenen Sache zur Seite. Das trifft auch zu, wenn der Schiedsspruch erst nach der Erhebung der gerichtlichen Klage ergangen ist. Wie die Einrede der Rechtshängigkeit durch den Erlaß eines rechtskräftigen Urteils

überholt werden kann, so kann auch die Einrede aus § 274 Nr. 3 ZPO. im Laufe des Rechtsstreits ihre Berechtigung verlieren.

Das ist der eine Gesichtspunkt, welcher ein Eingehen auf die zwischen den Parteien ergangenen Schiedssprüche erforderlich macht. Aber auch wenn, wie das Landgericht angenommen hat, die Schiedssprüche dahin ausgelegt werden, daß eine sachliche Entscheidung nicht getroffen ist, behält der Erlaß der Sprüche Bedeutung für den vorliegenden Rechtsstreit. Es ist dann noch zu prüfen und zu entscheiden, ob ein im Schlußscheine vereinbarter Schiedsvertrag durch die Anrufung und die Entscheidung des K. Schiedsgerichts nicht doch schon seine Erledigung gefunden hat und deshalb nunmehr der Streit der Parteien der gerichtlichen Entscheidung unterliegt. Auch um darüber befinden zu können, ob das vereinbarte schiedsgerichtliche Verfahren schon stattgefunden hat, muß auf die Schiedssprüche eingegangen und die rechtliche Bedeutung der im Spruche des Oberschiedsgerichts erfolgten Abweisung der Klage geprüft werden."

Urteil des Reichsgerichts (7. Senat) v. 12. April 1918. S. w. H. (OLG. Kiel). VII. 422. 17.

---

190. Umfang der Pflicht zur Vermögensangabe beim Offenbarungseid. Verpflichtung zur erneuten Leistung dieses Eides wenn das frühere Vermögensverzeichnis den gesetzlichen Vorschriften nicht genügt hat.

Vgl. 58 Nr. 112; 63 Nr. 175.

ZPO. §§ 807. 903.

„Der Umstand, daß der Beschwerdeführer nach dem von ihm übergebenen Vermögensverzeichnis auf Betreiben des nämlichen Gläubigers den Offenbarungseid bereits am 4. Februar 1915 geleistet hat, hindert nach der herrschenden Meinung nicht, daß er zur Ergänzung des nach der Behauptung des Gläubigers unvollständigen Vermögensverzeichnisses und zur nochmaligen Leistung des Offenbarungseides angehalten werden kann, sofern nur das Vermögensverzeichnis tatsächlich unvollständig gewesen ist.

OLG. Rechtspr. 1, 401, 2, 358, 11, 190, 13, 226, 16, 321; SeuffA. 58 Nr. 112 und 63 Nr. 175; Seuffert ZPO. 11, Anm. 3 zu § 903.

Das Vermögensverzeichnis vom 4. Febr. 1915 ist unvollständig, weil der Schuldner eine Reihe von ihm zustehenden Forderungen nicht angegeben hat, die ihm nach der Beendigung des Konkurses über sein Vermögen unerwartet wieder zugefallen waren, ohne daß es, wie er behauptet, hierwegen einer besonderen Rückübertragung durch Beschluß der Gläubigerversammlung bedurft hätte (JW. 1888 S. 288[10]). Diese Forderungen hat der Beschwerdeführer im Vermögensverzeichnis mit der Erklärung abgetan, daß er auf das, was der Konkursverwalter nicht habe beitreiben können, längst verzichtet habe, weil es doch als uneinbringlich anzusehen sei. Von einem wirksamen Verzicht kann keine Rede sein, da nur ein einseitiger Verzicht vorliegt, der wirkungslos ist (vgl. § 397 BGB). Wenn die Forderungen

nach der Meinung des Konkursverwalters und des Gemeinschuldners damals uneinbringlich waren und nach der Meinung des Schuldners auch noch zur Zeit der Ableistung des Offenbarungseides, so ist diese Meinung auf die Verpflichtung des Schuldners, jene Forderungen in das Vermögensverzeichnis aufzunehmen (§ 807 ZPO.) ohne jeden Einfluß; denn auch derartige Forderungen müssen angegeben werden, und es bleibt der Beurteilung des Gläubigers überlassen, ob er mit Pfändung vorgehen will oder nicht. Deshalb schreibt das Gesetz auch vor, daß in betreff der Forderungen der Grund und die Beweismittel zu bezeichnen sind. Dem Beschwerdeführer ist es an der Hand der Konkursakten und seiner Geschäftsbücher ohne Schwierigkeiten möglich, die Forderungen so zu bezeichnen, wie es das Gesetz vorschreibt......"

Beschluß des Oberlandesgerichts München (2. Senat) vom 27. April 1918 in Sachen S. c. Ch. Beschw.-Reg. 115/18. F—Z.

---

191. Begriff der unentgeltlichen Verfügung i. S. des § 32 Nr. 1 KO.*; Beweislast im Falle des § 37 KO.

*Vgl. 45 Nr. 153; 48 Nr. 303; 68 Nr. 204.

KO. §§ 32. 37.

Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Mit Recht nimmt der Berufungsrichter an, daß die auf § 32 Nr. 1 KO. gestützte Anfechtungsklage nicht begründet sein würde, wenn die Beklagte die von ihr zur Befriedigung einzelner Gläubiger der Firma B. & Co. verwendeten Wertpapiere nicht sich zugeeignet, sondern nur als Beauftragte ihres Ehemannes, des Gemeinschuldners, zur Weitergabe an diese Gläubiger erhalten hätte. Er stellt aber fest, daß die Wertpapiere zum Zwecke der Befriedigung jener Gläubiger der Beklagten von ihrem Ehemanne übereignet und darauf von ihr den betreffenden Gläubigern zugeführt worden sind. Gegen diese Feststellung hat die Revision Einwendungen nicht erhoben, ein rechtliches Bedenken liegt auch insoweit nicht vor.

Weiterhin ist dem Berufungsrichter auch darin beizustimmen, daß der Begriff der unentgeltlichen Verfügung im Sinne der erwähnten Rechtsvorschrift eine Bereicherung des Empfängers nicht erfordert, vielmehr auch die freigebige Zuwendung an eine Person umfaßt, welche die ihr überlassenen Werte zufolge Abrede der Beteiligten restlos zur Erreichung eines bestimmten Zwecks aufwenden muß. Hiergegen wendet die Revision ein, da die Wertpapiere von vornherein zur Befriedigung einzelner Gläubiger des Ehemannes der Beklagten bestimmt gewesen seien, so sei es gleichgültig; ob sie vorübergehend in das Vermögen der Beklagten übergegangen seien, vielmehr habe die von der Beklagten übernommene Verpflichtung, den Ehemann in Höhe von 50000 ℳ von bestimmten Schulden zu befreien, die von ihr zugesagte und demnächst gewährte Gegenleistung ge-

bildet, eine unentgeltliche Verfügung liege mithin nicht vor. Dem läßt sich nicht zustimmen. Allerdings ist die Zuwendung, dem von den beiden Beteiligten getroffenen Übereinkommen gemäß, nicht dem Vermögen der Beklagten, sondern dem Vermögen ihres Ehemannes selbst zugute gekommen, denn nach der Austeilung des Zugewendeten an bestimmte Gläubiger des letzteren blieb für die Beklagte nichts mehr übrig, während das Vermögen ihres Ehemannes im Wege der Schuldtilgung entlastet wurde. Daraus folgt aber nur, daß die Beklagte durch die Zuwendung nicht bereichert worden ist und daß mithin die Zuwendung nicht als eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB. angesehen werden kann, da die Schenkung eine Bereicherung des Beschenkten begrifflich voraussetzt (RGZ. Bd. 62 S. 386). Als ein dem Ehemann der Beklagten für die Zuwendung gewährtes Entgelt kann dagegen die der Zuwendung beigefügte Zweckbestimmung und deren Ausführung nicht angesehen werden, denn es handelt sich nicht, wie es der Begriff der Entgeltlichkeit erfordert, um einen gegenseitigen Austausch von Leistungen, vielmehr liegt, ähnlich wie bei der Schenkung unter einer Auflage, eine zunächst nur einseitige, durch die ihr beigefügte Zweckbestimmung näher bestimmte und beschränkte Zuwendung vor, die dadurch, daß das Geleistete zur Erreichung des vorgeschriebenen Zwecks verwendet wurde, nicht zu einer gegenseitigen, entgeltlichen Leistung geworden ist (RGEntsch. 60, 238). Der Umstand, daß die Beklagte das ihr Zugewendete bestimmungsgemäß zur Befriedigung von Gläubigern ihres Ehemannes verwendet hat, könnte ihr vielmehr nur unter der Voraussetzung zugute kommen, daß sie die ihr zugeführte Leistung gutgläubig an Gläubiger ihres Ehemannes ausgeantwortet hat. Zutreffend führt in dieser Hinsicht der Berufungsrichter unter Hinweis auf § 37 KO. aus, daß die Rückgewährpflicht der Beklagten erloschen sein würde, soweit sie vor Erhebung des Rückgewähranspruchs die ihr übergebenen Werte in gutem Glauben dem beabsichtigten Zwecke zugeführt hätte. Er legt im Anschluß hieran aber weiter dar, daß der Beklagten in jedem Fall von der ihr sofort bekannt gewordenen Zahlungseinstellung an der gute Glaube gefehlt habe und daß sie im übrigen für die von ihr behauptete Gutgläubigkeit beweispflichtig sei, Beweis dafür aber nicht angeboten habe. Hiergegen wendet die Revision ein, das Berufungsgericht halte die Beklagte mit Unrecht hinsichtlich ihres guten Glaubens für beweispflichtig. Die vom Berufungsrichter getroffene Regelung der Beweislast steht aber mit § 37 KO. im Einklang, da der in Betracht kommende § 37 Abs. 2 gegenüber der allgemeinen Bestimmung des Abs. 1 eine, auf einen besonderen Fall berechnete Sonderbestimmung enthält, deren Voraussetzungen derjenige zu beweisen hat, der sie für sich in Anspruch nimmt; das ist im gegebenen Fall die Beklagte."

Urteil des Reichsgerichts (7. Senat) v. 19. Febr. 1918 B. w. W. (OLG. Dresden). VII. 407/17. Auch in Entsch. 92 Nr. 52 S. 227.

I. Bürgerliches Recht.

192. Ehescheidung schwedischer Staatsangehöriger; keine Scheidung wegen Beschimpfungen und Verleumdungen.

Vgl. 71 Nr. 175.

EGBGB. Art. 17; ZPO. § 606; Haager Abkommen v. 12. Juni 1902 §§ 5. 6. (RGBl. 04 S. 231.)

Der Kläger, ein schwedischer Staatsangehöriger, klagte gegen seine seit Juni 1916 getrennt von ihm lebende Ehefrau auf Ehescheidung, hilfsweise auf Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, weil sie ihn in der letzten Zeit des Zusammenlebens mündlich und auch in Briefen mit den gemeinsten Schimpfworten belegt und verleumdet und bei Behörden gegen ihn gerichtete Eingaben gemacht habe.

Beide Instanzen wiesen die Klage ab. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach § 606 ZPO. Abs. 1 und 4 in Verbindung mit Art. 5 des Haager Abkommens vom 12. Juni 1912 zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung, dem Schweden beigetreten ist, ist die Zuständigkeit des angerufenen deutschen Gerichts für die erhobene Klage gegeben.

Da der Kläger schwedischer Staatsangehöriger ist, sind für die Scheidung seiner Ehe, mag er auch im Deutschen Reiche geboren und niemals in Schweden gewesen sein, die schwedischen Gesetze maßgebend, mit der Einschränkung jedoch, daß auf Scheidung nur erkannt werden kann, wenn auch nach deutschem Rechte ein Scheidungsgrund vorliegt. (EG. BGB. Art. 17 Abs. 1 und 4 verb. mit Art. 1 und 2 des erwähnten Abkommens.) Das am 1. Jan. 1916 in Kraft getretene schwedische Gesetz v. 12. Nov. 1915, unter dessen Geltungsdauer die zur Klagbegründung vorgebrachten Tatsachen durchweg fallen, führt in Kap. 6 §§ 4 bis 13 die einzelnen Ehescheidungsgründe auf, dazu gehören aber Beschimpfungen und Verleumdungen, auf die die gegenwärtige Klage gestützt ist, nicht. Außer der Scheidung kennt das schwedische Gesetz noch die gerichtliche Aufhebung des Zusammenlebens (Separation), die u. a. ausgesprochen werden kann, wenn der eine Ehegatte seine Pflichten gegen den anderen offenbar vernachlässigt, oder wenn auf Grund von Gegensätzen der Laune und Denkart oder aus anderen Gründen eine tiefe und dauernde Uneinigkeit zwischen den Ehegatten entstanden ist, es sei denn, daß von dem die Separation fordernden Gatten mit Rücksicht auf sein eigenes Verhalten oder auf andere besondere Umstände mit Fug die Fortsetzung des Zusammen-

lebens verlangt werden kann (Kap. 6 §§ 1 und 2). Diese Aufhebung des Zusammenlebens ist aber in ihren Voraussetzungen und Wirkungen von der Scheidung völlig verschieden und kann daher nicht, wie der Kläger will, der letzteren gleichgestellt werden. Daran ändert auch nichts, daß sie insofern schließlich zur Scheidung führen kann, als nach Kap. 6 § 3 auf Antrag eines Ehegatten auf Scheidung zu erkennen ist, wenn die Gatten nach erlangter Separation ein Jahr hierdurch getrennt gelebt und das Zusammenleben auch später nicht wieder hergestellt haben. Steht aber dem Kläger nach schwedischem Rechte ein Scheidungsgrund nicht zur Seite, so kann er mit seinem Scheidungsverlangen nicht durchdringen, mag auch nach deutschem Rechte ein Scheidungsgrund gegeben sein.

Unbegründet ist auch der in zweiter Reihe gestellte Klagantrag, die häusliche Gemeinschaft der Parteien aufzuheben, der sich augenscheinlich auf die Bestimmungen in Kap. 6 § 2 des schwedischen Gesetzes v. 12. Nov. 1915 stützt, denn dem deutschen Recht ist die dort geregelte Aufhebung des Zusammenlebens (Separation) fremd, und in Deutschland kann nur auf Scheidung der Ehe oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne der §§ 1575, 1576, 1586, 1587 BGB., die etwas wesentlich anderes ist als die schwedische Separation, geklagt werden. Auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach deutschem Rechte zielt der Hilfsantrag, wie aus seiner Fassung zu entnehmen ist, nicht ab; sie könnte auch nicht ausgesprochen werden, weil eben der Kläger nicht berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen (zu vgl. § 1575 BGB.).

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 28. Nov. 1917 i. S. Sv. w. Sv. 2. S. 26/17. F—ch.

---

193. Erlöschen des Erfüllungsanspruchs des Käufers bei Verzögerung der Versanddisposition und Schweigen auf die Erfüllungsweigerung des Verkäufers.

Vgl. 70 Nr. 211 m. N.
§§ 157, 242 BGB.; § 346 HGB.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadenersatz in Höhe von 4000 ℳ, weil sie an ihn im Oktober 1915 50 Ztr. Rindsmägen um 50 ℳ für den Zentner, in der nächsten Zeit lieferbar, verkauft, die Lieferung aber trotz wiederholter Mahnung und schließlicher Fristsetzung v. 4. Sept. 1916 verweigert habe; der Preis für den Zentner Rindsmägen sei im April 1916 auf 150 bis 160 ℳ, im August 1916 aber schon auf 212 ℳ gestiegen. Der Beklagte wendete ein, es sei auf demnächstigen Abruf und Versanddisposition verkauft gewesen, der Kläger habe aber bis zum Frühjahr 1916 nichts mehr hören lassen; auf sein späteres Verlangen sei ihm sofort erklärt worden, daß man sich gegen eine derartige Spekulation auf Kosten der Beklagten verwahre und den Abschluß für längst erledigt betrachte; übrigens sei um diese Zeit auch bereits die Ausfuhr aus Bayern verboten gewesen. Der Kläger entgegnete, er habe

den Geschäftsführer der Beklagten mündlich wiederholt im November 1915 und im Februar 1916 zur Lieferung gemahnt, aber nur Vertröstungen erhalten. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Gericht hält die Behauptungen des Klägers über wiederholte mündliche Mahnung des Geschäftsführers der Beklagten für widerlegt.... Ausschlaggebend erscheint dem Senat der Wortlaut des ersten Briefes, den der Kläger in dieser Sache nach einem halben Jahre, nämlich am 14. März 1916, an die Beklagte richtete, und der, wenn der Kläger wirklich durch wiederholte Versprechungen ihres Geschäftsführers solange hingehalten worden wäre, zweifellos in ganz anderem Tone und unter ausdrücklicher Erwähnung und Beanstandung dieser übermäßigen Verzögerung geschrieben wäre. Hat aber der Kläger nach der Überzeugung des Berufungsgerichts vorher ein ernstliches Lieferungsverlangen niemals gestellt und eine Versanddisposition niemals erteilt, so war der ursprüngliche Auftrag zur Lieferung auf „demnächst" nach einem halben Jahre bei der Preissteigerung von 100% und während des Krieges schon damals längst nach Treu und Glauben als erloschen anzusehen. (Staub Excurs zu § 374 HGB. Anm. 147; „Recht" 1917 Nr. 1577.)

Das Schweigen des Klägers kommt aber auch nach einer zweiten Richtung als ausschlaggebend in Betracht. Die Beklagte hat allerdings die Vertragerfüllung auf die Aufforderung v. 6. April 1916 hin ausdrücklich und bestimmt verweigert, so daß eine Nachfristsetzung entbehrlich wurde und der Kläger an sich bis zum Ablauf der Verjährungsfrist das Recht hatte, entweder den Rücktritt oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu wählen. Der Kläger übersieht aber bei seiner formalistischen Anwendung des § 326 BGB., daß diese schon an sich für den Verkäufer kaum erträgliche Rechtslage (vgl. hierüber Staub Excurs zu § 374 HGB. Anm. 102) durch die Vorschriften der §§ 157, 242 BGB. und im Handelsverkehr insbesondere auch durch § 346 HGB. sachgemäß zu ergänzen ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung (RGEntsch. 88, 261; „Recht" 1916, 553 Nr. 1070; 1917, 79 Nr. 122) ist die Gegenpartei angesichts der raschen Schwankungen der Preise und der Vorräte und der Notwendigkeit rascher anderweitiger Entschließung im Kriege verpflichtet, sich ohne jedes Zögern auf die Erklärungen des andern Teils zu äußern, wenn sie nicht damit einverstanden ist. Unterlassung derartiger Äußerungen gilt dann als Zustimmung, insbesondere auch gegenüber einer unbegründeten Rücktrittserklärung des Gegners. Dies trifft hier auf das Verhalten des Klägers gegenüber der ausführlich begründeten Erfüllungsweigerung der Beklagten v. 12. April 1916 in vollem Maße zu. Der Kläger hat sich, obwohl nach der Ausführung seines eigenen Sachverständigen die Preise damals fortwährend stark stiegen, auf diese Erklärung, daß sich die Beklagte nicht mehr gebunden halte, weil der Kläger

bisher keine Versanddisposition gegeben, ein Vierteljahr lang, nämlich bis zum 6. Juli 1916 völlig untätig verhalten. Er hat weder gegen die Behauptung des bisherigen Fehlens einer Versanddisposition protestiert noch seinen Standpunkt erneut dargelegt oder Schadenersatzklage angedroht. Einem solchen Verhalten gegenüber mußte die Beklagte erst recht annehmen, daß es dem Kläger nicht mehr um die Lieferung zu tun sei, und daß er den Standpunkt der Beklagten als richtig zugebe.

Daß die Beklagte ihrerseits auf die erste briefliche Mahnung des Klägers v. 14. März 1916 ebenfalls keine Antwort gegeben hat — angeblich weil der Geschäftsführer sich Wochen lang auf Reisen befand — steht damit offensichtlich nicht auf gleicher Stufe und jedenfalls würden die Wirkungen dieses früheren säumigen Verhaltens der Beklagten durch das erörterte spätere Schweigen des Klägers beseitigt sein. Dieses letztere Schweigen führte, entsprechend den Darlegungen des Reichsgerichts in RGEntsch. 88, 261, auch nicht etwa bloß zur Verschiebung des für die Schadenberechnung maßgebenden Zeitpunkts, sondern zum völligen Erlöschen des Erfüllungsanspruchs selbst."

Urteil des Oberlandesgerichts München (1. Senat) v. 14. Juni 1918. L. w. F. G. m. b. H. L 157/1918. F—z.

---

194. Kettenhandelsgeschäfte sind nichtig; Sekt als Lebensmittel.

Vgl. 73 Nr. 48, 65.
BGB. §§ 134, 138. BRV. v. 24. Juni 1916. § 11.

Klägerin kaufte von dem Beklagten 3000 Flaschen französischen Sekt, Marke R. in Deutschland auf Flaschen gefüllt, zum Preise von 9 ℳ die Flasche. Beklagter lieferte die Ware nicht. Klägerin machte Schadenersatzansprüche zur Höhe von 3060 ℳ nebst Zinsen gegen den Beklagten geltend, indem sie behauptete, daß sie einen Teil der für den Beklagten gekauften Flaschen mit einem Gewinn von 60 Pf. die Flasche weiterverkauft habe. Der Beklagte wandte ein, das Geschäft, aus dem die Klägerin ihren Anspruch herleite, sei wegen Verstoßes gegen die Kettenhandelsverordnung nichtig. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach der Verordnung v. 24. Juni 1916 über den Handel mit Lebens- und Futtermitteln usw. ist es verboten, den Preis für Lebens- oder Futtermittel durch unlautere Machenschaften, insbesondere Kettenhandel, zu steigern. Es handelt sich mithin nicht um eine Preissteigerung von Gegenständen des täglichen Bedarfs, sondern ganz allgemein um eine solche von „Lebens"-mitteln. Den Charakter eines Lebensmittels kann man aber auch dem Sekt, mag es sich um deutschen oder französischen Sekt handeln, nicht absprechen. Dies ergibt sich aus dem Inhalt und Zweck der Verordnung v. 24. Juni 1916, die den gesamten Handel mit Lebens- und Futtermitteln unter scharfe Kontrolle stellen will. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um Gegenstände

handelt, die für die menschliche Ernährung unumgänglich notwendig sind, die geradezu zur „Fristung des Lebens" dienen, sondern lediglich darum, ob sie überhaupt einen Nährstoff für den menschlichen Körper enthalten. Ob die Gegenstände weniger mit Rücksicht auf ihren Nährgehalt als im Hinblick auf den Genuß, den sie bei der Zuführung in den menschlichen Körper erwecken, gebraucht werden, ist in dieser Beziehung unerheblich (vgl. Entsch. des RG. in Mitteilungen für Preisprüfungsstellen v. 15. Nov. 1917 S. 220 und v. 15. Jan. 1918 S. 11, ferner Entsch. des Kammergerichts in Deutsch. Jur.-Ztg. 1917 S. 969).

Ebenso wie der Vorderrichter zu Unrecht dem Sekt die Eigenschaft eines Lebensmittels im Sinne der gesetzlichen Verordnung abgesprochen hat, hat er auch unzutreffend die Nichtigkeit der gegen das Kettenhandelsverbot verstoßenden Geschäfte bestritten. Gerade die Erwägungen, die das Reichsgericht in der vom Vorderrichter angeführten Entscheidung in RGEntsch. 88, 251 für die Gültigkeit der unter Verstoß gegen die Vorschriften über die Höchstpreise abgeschlossenen Geschäfte anstellt, ergeben die Nichtigkeit der Kettenhandelsgeschäfte. Hier handelt es sich nicht bloß um § 134 BGB., sondern auch um § 138 BGB., denn der Gesetzgeber bezeichnet den Kettenhandel ausdrücklich als eine „unlautere Machenschaft", also ein gegen die guten Sitten verstoßendes Geschäft. Verboten ist nicht nur ein Kettenhandel, der sich als unlautere Machenschaft erweist, sondern jeder Kettenhandel, da er als solcher sich unter den gegenwärtigen Verhältnissen als unlautere Machenschaft darstellt. Wenn das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung zutreffend ausführt, daß die Gesetzgebung über die Höchstpreise offenbar darauf hinwirken wolle, daß die verfügbaren Vorräte gegen Preise, die sich innerhalb der gesetzten Preise halten, in den Verkehr kommen und deshalb die Vermutung des § 134 BGB. hinsichtlich der Nichtigkeit der unter Verletzung der Höchstpreisbestimmungen abgeschlossenen Geschäfte nicht Platz greifen könne, so spricht gerade die Tendenz der Kettenhandelsverordnung, die auf die Unterdrückung dieses gemeinschädlichen Handels hinausläuft, für die Nichtigkeit des Kettenhandelsgeschäfts. Dazu kommt aber noch ein ferneres Moment. Wird ein Geschäft unter Überschreitung der Höchstpreise abgeschlossen, so läßt sich die Grenze seiner Gültigkeit durch die Zugrundelegung des Höchstpreises sehr leicht finden. Dagegen fehlt es an jedem Anhaltspunkt für diese Begrenzung beim Kettenhandel, bei dem die Ware durch zahlreiche Hände unter wiederholter Preissteigerung gegangen ist. Unter diesen Umständen würde es ganz willkürlich sein, wollte man für das einzelne Kettenhandelsgeschäft irgendeinen Preis als den gültigen annehmen. Übrigens hat dies Gericht in seiner Entscheidung in Seuff. Arch. 73, Nr. 48 sich auch bereits in diesem Sinne ausgesprochen."

Urt. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 16. Mai 1918. F. de L. & H. w. E. Schw. Bf. VI 394/17. Nö.

195. Vertragschluß durch stillschweigende Annahme des Bestätigungsschreibens, auch wenn darin eine Gegenbestätigung erbeten wird.

Vgl. 57 Nr. 205 m. N.; 62 Nr. 199, 200.
BGB. §§ 154, 157; HGB. § 346.

Die Klägerin verkaufte nach ihrer Behauptung am 2. Nov. 1914 dem Beklagten telephonisch ca. 200 Ztr. geräuchertes Schweinefleisch, und zwar ungefähr 130 Ztr. geräucherte Schulterstücke und ca. 70 Ztr. geräuchertes kleinstückiges Schweinefleisch fett und mager, zum Preise von 100 *M* per Zentner und sandte ihm darüber das Bestätigungsschreiben Nr. 3415 eingeschrieben zu, an dessen unterem Rand sich der Vermerk:

„Anhängenden Abschnitt bitten wird uns unterschrieben zurück."

und ein Abschnitt mit dem ausgefüllten Aufdruck:

„Bekenne mich mit dem Inhalt der Bestätigung Nr. 3415 einverstanden.
. . . . . , den . . .
(Unterschrift.)"

befand. Der Beklagte sandte diesen Abschnitt nicht zurück und antwortete überhaupt nicht. Am 13. Nov. fügte er einem eine andere Angelegenheit betreffenden Schreiben die Worte bei:

„Die Ablieferung des bei Ihnen gekauften Postens Speck könnte so bald wie möglich erfolgen."

Klägerin zeigte hierauf am 24. Nov. dem Beklagten die Versandfertigkeit von 200 Ztr. geräucherten Schweinefleisches an und forderte ihn zur Zahlung des Rechnungsbetrages von 20000 *M* auf. Der Beklagte antwortete, er habe nicht Schweinefleisch, sondern Speck gekauft. Klägerin forderte nach fruchtloser Fristsetzung klagend Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Ihre Klage hatte in allen drei Instanzen Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht führt aus, in der widerspruchslosen Hinnahme des Schreibens v. 2. Nov. 1914, in welchem die Klägerin dem Beklagten den telephonischen Verkauf von ca. 200 Ztr. geräucherten Schweinefleisches bestätigt, liege eine Einverständniserklärung des Beklagten. Dem ist beizutreten; es mag lediglich auf das Urteil des erkennenden Senats RGEntsch. 88, 379ff. Bezug genommen werden. Das Berufungsgericht betont zutreffend, es komme darauf, ob der Beklagte das ihm zugegangene Schreiben gelesen hat, nicht an, und es mißt weiter mit Recht dem Umstande, daß die Klägerin eine Gegenbestätigung verlangt hat und diese nicht erfolgt ist, nach Lage des Falles keine Bedeutung für die Frage der stillschweigenden Einverständniserklärung des Beklagten bei (vgl. RGEntsch. 88, 380). Durch diese Einverständniserklärung ist der Vertrag, wie ihn die Klägerin behauptet, zustande gebracht worden.

Die Revision rügt weiter die Nichterhebung des dafür angetretenen Beweises, daß im Fleischhandel, wenn Bestätigungsschreiben gewechselt werden sollen, das Geschäft erst durch den Austausch derselben zustandekomme. Die

Unerheblichkeit dieser Tatsache wird aber vom Berufungsgericht zutreffend begründet. Bei dem allein in Betracht kommenden Ferngespräch hat der Beklagte, nicht auch die Klägerin eine schriftliche Bestätigung verlangt; dieses Verlangen kann nicht durch das nachträgliche Ersuchen der Klägerin um Erklärung des Einverständnisses mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens ersetzt werden. Der Fall des vereinbarten Wechsels von Bestätigungsschreiben liegt also gar nicht vor. Ebensowenig aber der von der Revision weiter behauptete Fall von § 154 Abs. 2 BGB., denn aus der Aussage des Zeugen B. ist keineswegs zu entnehmen, daß die vom Beklagten geforderte Bestätigung Bedingung für das Zustandekommen des Vertrages sein, sondern nur, daß sie Beweiszwecken dienen sollte." — — —

Urteil des Reichsgerichts (2. Senat) v. 7. Mai 1918. F. w. H. (KG. Berlin) II. 524/17.

---

196. Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung*. Entbehrlichkeit einer Nachfrist bei bestimmter Lieferungsweigerung des Schuldners**.

*Vgl. 69 Nr. 94 m. N. **Vgl. 57 Nr. 58, 208, 237; 63 Nr. 109; 72 Nr. 114; 210.
BGB. §§ 477, 208, 217; 326.

Die Beklagte verkaufte auf Grund Vertrags v. 18. Nov. 1915 dem Kläger 200000 kg bestes gekochtes Rindfleisch unter Garantie der absoluten Haltbarkeit der Ware und Verpackung für mindestens 6 Monate vom Tage der Abnahme an. Im Januar und Februar 1916 lieferte die Beklagte auf diesen Vertrag fünf Bahnwagen gekochtes Rindfleisch. Bei Nachprüfung dieser Lieferung wurde festgestellt, daß 169 Dosen verdorben waren und 6 Dosen fehlten. Der Kläger teilte dies der Beklagten am 25. März 1916 brieflich mit und forderte Ersatz. Erst am 3. Mai 1916 antwortete die Beklagte, sie habe sich bemüht, Fleisch für die nachzuliefernden 169 Dosen zu beschaffen, könne aber kein Fleisch bekommen. Der Kläger forderte darauf Ersatz des Wertes der verdorbenen und fehlenden Dosen zum Tagespreise mit 1398 ℳ. Die Beklagte bot mittels Briefs v. 13. Juni 1916 Rückzahlung des Kaufpreises für 175 Dosen an und zahlte demnächst 502,70 ℳ an den Kläger. Die auf Zahlung weiterer 895,30 ℳ gerichtete Klage wurde für begründet erklärt. Aus den Gründen:

„Was die Einrede der Verjährung angeht, so würde allerdings der hier erhobene Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 477 BGB. in sechs Monaten von der Ablieferung der Waren an verjähren. Der Kläger hat zunächst mit seinem Schreiben v. 25. März 1916 an Stelle der mangelhaften Dosen die Lieferung mangelfreier gefordert. Die Beklagte hat zwar die Lieferung von Ersatzware zugesagt, diese aber nicht vorgenommen. Der Kläger verlangt daher jetzt Schadenersatz wegen Nichtlieferung der mangelfreien Dosen. Die Anwendung des § 477 BGB. rechtfertigt sich daher aus

§ 480 BGB. Da die Ablieferung der Waren im Januar und Februar 1916 erfolgt, die Klage aber erst am 1. Nov. 1916 erhoben worden ist, würde sonach der Anspruch auf Schadenersatz verjährt sein, wenn nicht die Verjährung unterbrochen wäre. Das muß bejaht werden. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben v. 3. Mai 1916 den Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung, aus dem der jetzt geltend gemachte Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung hervorgegangen ist, ausdrücklich anerkannt. Die Beklagte schreibt:

„. . . Wir haben uns bemüht, Fleisch für die Ihnen noch nachzuliefernden 169 Dosen zu bekommen."

Die Verjährung ist sonach durch das Schreiben v. 3. Mai 1916 gemäß § 203 BGB. unterbrochen. Die Verjährungsfrist fing daher gemäß § 217 BGB. von neuem zu laufen an. Da die Klage aber schon am 1. Nov. erhoben worden ist, war die sechsmonatliche Frist noch nicht abgelaufen. Der Anspruch ist sonach nicht verjährt.

Auch der weitere Einwand der Beklagten, daß der Anspruch des Klägers daran scheitere, daß er keine Nachfrist zur Lieferung unter Androhung der Ablieferung späterer Erfüllung gemäß § 326 BGB. gesetzt habe, entbehrt der Begründung.

Das Landgericht geht zutreffend davon aus, daß an sich es des Setzens einer Nachfrist bedurfte, damit sich der Anspruch auf Lieferung mangelfreier Ware in einen solchen auf Schadenersatz umwandeln konnte. Das Landgericht übersieht aber, daß nach den besonderen Umständen des Falles es einer Nachfristsetzung nicht bedurfte, da diese überflüssig war. Durch das Schreiben v. 25. März 1916 hat Kläger klar erkennbar Lieferung der fehlenden sechs und fehlerfreie Ersatzlieferung für die verdorbenen 169 Dosen gefordert. Die Beklagte hat am 3. Mai 1916 erwidert, daß sie kein Fleisch anschaffen könnte, hat auch bis zur Klagerhebung nichts geliefert, bietet auch jetzt nichts an, hat vielmehr in ihrem Schreiben v. 13. Juni 1916 die Rückzahlung des Kaufpreises für die 715 Dosen angeboten. Damit hat die Beklagte deutlich zu erkennen gegeben, daß sie nicht liefern werde. Ob die Lieferung unterblieb, weil die Beklagte nicht liefern wollte oder nicht konnte, ist gleichgültig. Wenn der säumige Schuldner endgültig erklärt oder zu erkennen gibt, daß die Leistung ausgeschlossen ist, so ist die Nachfristsetzung unnötig. Die gegenteilige Auffassung belastet den Verkehr mit einem völlig überflüssigen, ihm unverständlichen Formalismus."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 2. Mai 1918. Reichsmil. Fiskus w. K. & W. Bf. III. 360/17. No.

197. Die Klageerhebung bei einem örtlich unzuständigen Gericht ist grundsätzlich auch zur Wahrung einer vertraglichen Ausschlußfrist nicht geeignet*; Erfüllungsort für die Zahlung der Versicherungssumme.

*Vgl. 63 Nr. 158.

BGB. §§ 209, 203, 206, 207; 133, 157, 242; BGB. § 269, ZPO. § 29, VersVG. § 48.

Der Kläger hatte laut Versicherungsschein v. 31. Dez. 1903 seine Mobilien einschließlich Warenvorräte bei der Beklagten gegen Feuerschaden versichert. Die Versicherung lief zunächst auf fünf Jahre v. 1. Nov. 1903 ab. Mangels Aufkündigung ging sie v. 1. Nov. 1908 ab auf fünf Jahre weiter. Am 10. Aug. 1912 erlitt der bei der Beklagten gegen Feuersgefahr versicherte Kläger einen Brandschaden. Durch Schreiben v. 5. Nov. 1912, zugestellt am 6. Nov., lehnte der Direktor der Beklagten jede Entschädigung ab.

Die daraufhin vom Kläger beim Landgericht in Saarbrücken erhobene Klage wurde durch Urteil v. 21. Juni 1913 wegen örtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts abgewiesen. Der am 30. Aug. 1913 beim Landgericht in Düsseldorf erhobenen neuen Klage gab das Ber.-Gericht teilweise statt.

Das Reichsgericht wies die Klage in vollem Umfang ab. Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß für das Vertragverhältnis der Parteien das Reglement v. 27. Nov. 1903 maßgebend sei, dessen § 35 bestimmt, daß die Klageschrift bei Beschreitung des Rechtsweges binnen sechs Monaten seit Empfang der Entscheidung des Direktors zugestellt werden muß. Es legt dann den § 35 dahin aus, daß die sechsmonatige Frist eine Ausschlußfrist sei, daß aber auch die Klageerhebung beim unzuständigen Gericht zu ihrer Wahrung genüge. — Es führt hierzu folgendes aus:

„Daß die Klage beim zuständigen Gericht erhoben werden muß, sagt das Reglement nicht. Wollte die Beklagte die Fortdauer des Anspruchs von diesem weiteren Erfordernisse abhängig machen, so mußte sie es zum Ausdruck bringen. Hierzu lag um so mehr Veranlassung vor, als nach der entsprechenden Bestimmung des § 209 BGB. die Verjährung auch durch die Klageerhebung beim unzuständigen Gericht unterbrochen wird. Nach der vorliegenden Fassung des § 35 kommt es der Beklagten darauf an, daß der Versicherungnehmer durch Erhebung der Klage unzweideutig seinen Willen erklärt, es bei dem Bescheide ihres Direktors nicht bewenden zu lassen."

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Zunächst ist der Hinweis auf § 209 BGB. verfehlt. Die Ausschlußfristen, gesetzliche wie vertragliche, unterscheiden sich ihrer Natur nach wesentlich von den Verjährungsfristen. Die Ausschlußfristen sind prozeßrechtlicher, die Verjährungsfristen materiell-rechtlicher Natur. Schon die Motive zum 1. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs betonen den Unterschied zwischen den beiderlei Fristen (Mot. I S. 292 und 347). Auch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst läßt keinen Zweifel bestehen, daß die Bestimmungen über die Verjährung von Ansprüchen auf Ausschlußfristen weder unmittelbare noch auch nur ent-

sprechende Anwendung finden, soweit die letztere nicht in einzelnen Fällen ausdrücklich angeordnet ist. Für einige Ausschlußfristen (vgl. z. B. § 212 Abs. 2), längst nicht für alle, ist ausdrücklich bestimmt, daß auf sie die §§ 203, 206, 207 BGB. entsprechende Anwendung finden. Daraus ist notwendig zu folgern, daß grundsätzlich für Ausschlußfristen die Verjährungsfristen nicht anwendbar sind, sonst würde die ausdrückliche Bestimmung der entsprechenden Anwendbarkeit einzelner derselben keinen Sinn haben. So auch die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts [vgl. schon für das Preuß. Landrecht: RGEntsch. 93, 303; für das neue Recht: RGEntsch. 48, 164 (4. Senat); ferner Urteil v. 13. Dez. 1907 III 179/07 (3. Senat); RGEntsch. 88, 295 (7. Senat); Warn. 1918 Nr. 91 (4. Senat)].

Weiterhin ist schon aus dem Wortsinne der Ausschlußfrist zu entnehmen, daß der Klageberechtigte mit seiner Rechtsverfolgung ausgeschlossen, also des Klagerechts verlustig sein solle, wenn er nicht binnen der gesetzlichen oder vereinbarten Frist von dem Klagerecht Gebrauch gemacht hat. Der Zweck einer Ausschlußfrist, sei es einer gesetzlichen, sei es einer vertraglichen, erschöpft sich nicht darin, wie das Berufungsgericht wenigstens hinsichtlich der vertraglichen anzunehmen scheint, daß der Berechtigte unzweideutig seinen Willen erklärt, es bei dem mit Klage anfechtbaren Bescheide nicht bewenden zu lassen, sondern der wesentliche Zweck ist der, baldigst eine sachliche Entscheidung des Gerichts über die Streitfrage herbeizuführen. Dieser Zweck kann nur erreicht werden durch eine Klage, die in formeller Hinsicht allen Voraussetzungen für eine sachliche Entscheidung gerecht wird. Das läßt sich aber von einer Klage, die beim unzuständigen Gericht erhoben und aus diesem Grunde der Abweisung verfallen ist, nicht sagen. Eine solche Klage stellt nur einen mißlungenen Versuch der beabsichtigten Rechtsverfolgung dar und kann deshalb zur Wahrung der Ausschlußfrist nicht in Betracht kommen. Diesen Rechtsstandpunkt hat das Reichsgericht auch ständig vertreten (vgl. die oben angeführten Entscheidungen und ferner Urteil des erkennenden Senats v. 11. Jan. 1918 in RGEntsch. 92, 40). Handelte es sich auch in den diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Fällen überall um gesetzliche Ausschlußfristen, so gilt doch grundsätzlich für die vertraglichen Ausschlußfristen dasselbe. Es ist daher die Auslegung des Berufungsgerichts nicht zu billigen, daß die Klage beim unzuständigen Gericht deshalb als genügend erachtet werden müsse, weil § 35 des Reglements nicht ausdrücklich hervorhebe, daß sie beim zuständigen Gerichte erhoben werden müsse. Das ist vielmehr nach dem Dargelegten selbstverständlich.

Aber insofern ist für die vertraglichen Ausschlußfristen eine minder strenge Beurteilung wie für die gesetzlichen Ausschlußfristen geboten, als der Gegner sich dann nicht auf die Versäumung der Frist berufen darf, wenn die Versäumnis sich als entschuldbar erweist. Der Grund für diese verschiedene Behandlung liegt darin, daß für die vertraglichen Ausschlußfristen eben wegen

ihrer Vertragnatur die Grundsätze von Treu und Glauben (§§ 133, 157, 242 BGB.) in Betracht zu ziehen sind

vgl. Urteile des erkennenden Senats vom 4. Oktober 1904 VII 115/04; vom 22. Juni 1906 VII 531/05; vom 6. Juni 1916 VII 91/16 in RGEntsch. 88, 295; sowie des 3. Senats vom 13. Dezember 1907, III 179/07.

Von diesem rechtlichen Gesichtspunkt aus hätte das Oberlandesgericht die Sachlage prüfen müssen, was nicht geschehen ist. Zu einer Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz gibt dieser Mangel aber deshalb keinen Anlaß, weil das Revisionsgericht bei dem feststehenden tatsächlichen Sachverhalt die im wesentlichen eine Rechtsfrage bildende Frage nach dem Verschulden des Klägers selbst zu entscheiden in der Lage ist.

Zunächst ist davon auszugehen, daß der Kläger ein Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten im Vorprozeß dem Prozeßgegner, also der Beklagten gegenüber, wie eigenes Verschulden zu vertreten hat. Die entgegengesetzte Annahme würde zu unhaltbaren, mit der notwendigen Rechtssicherheit unvereinbarlichen Zuständen führen (vgl. auch Entsch. des RG. im Rhein. Archiv 100 II 100).

Nun konnte aber nach Sachlage für einen Rechtskundigen bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt ein Zweifel nicht entstehen, daß nicht das Landgericht Saarbrücken, sondern allein das Landgericht Düsseldorf den örtlichen Gerichtsstand für die Klage bildete. In Frage kommen konnte nur der allgemeine Gerichtsstand des Sitzes der beklagten Anstalt (§ 17 ZPO.) oder der Gerichtsstand der Vertragserfüllung (§ 29 ZPO., § 269 BGB.). Was den ersteren Gerichtsstand angeht, so bestimmte ebensowohl das Reglement v. 25. April 1889, wie auch dasjenige v. 27. Nov. 1903 in § 1 als Sitz der Anstalt Düsseldorf. Nach § 269 BGB. ist ein Vertrag am Wohnsitz bzw. am Ort der Niederlassung des Schuldners, also hier der Beklagten, zu erfüllen, falls nicht ein anderer Ort für die Leistung bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist. Letzteres kam nicht in Frage. Es handelte sich um eine Geldforderung gegen die Beklagte. Aus dem Umstande, daß nach § 270 Abs. 1 BGB. die Beklagte das Geld auf ihre Kosten und Gefahr dem Kläger an seinen Wohnsitz zu übermitteln hatte, konnte gegenüber der ausdrücklichen Bestimmung des Abs. 4 des § 270 unmöglich gefolgert werden, daß der Wohnsitz des Klägers Leistungsort sei. Die Vertragsbedingungen enthielten auch keinerlei Bestimmungen über den Leistungsort oder den Gerichtsstand. Ebensowenig bestand eine gesetzliche Bestimmung, wonach als Leistungsort für die Zahlung der Entschädigungssumme der Wohnsitz des Klägers anzusehen war. Insbesondere konnte § 48 Vers.-Vertraggess. v. 30. Mai 1908 nicht in Betracht kommen, wonach für Klagen, die aus dem Versicherungsverhältnisse gegen den Versicherer erhoben werden, das Gericht des Ortes zuständig ist, wo der Versicherungsagent, der den Vertrag vermittelt oder abgeschlossen hat, zur Zeit der Vermittelung oder Schließung seine gewerbliche Niederlassung oder

in deren Ermangelung seinen Wohnsitz hatte. Die Unanwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung auf den Vertrag der Parteien ergab sich schon aus Art. 3 des Einf.Ges. z. VVG. Die Ausnahmebestimmungen des Art. 4 das. nennen nicht den § 48. Außerdem würden, wenn im übrigen die Bestimmungen des Vers.-Vertragges. für das Vertragverhältnis der Parteien gegolten hätten, gemäß § 192 Abs. 2 das. die Vorschriften des Gesetzes über die Versicherungsagenten, zu denen § 48 gehört, keine Anwendung gefunden haben. Als Erfüllungsort kam somit gemäß § 269 BGB. wiederum nur der Ort in Betracht, an dem die Beklagte ihren Sitz hatte, also Düsseldorf.

Es bestanden also weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht über die örtliche Zuständigkeit Fragen irgendwie zweifelhafter Natur. Dem Kläger fällt daher schon aus diesen Gründen ein Verschulden an der Versäumung der Ausschlußfrist zur Last.— — —"

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 12. April 1918. Prov. F. V. A. w. V. (OLG. Düsseldorf) VII. 396/17.

---

198. Zulässigkeit der Zahlung an eine unter Geschäftsaufsicht stehende Person durch Banküberweisung und Gutschrift auf dem Kontokorrentkonto des Gläubigers bei der Bank.

BGB. §§ 242, 387; HGB. § 355; Bekanntmachung v. 8. August 1914 § 5.

Der Kläger, zu dessen Vermögen am 4. Juni 1915 die Geschäftsaufsicht angeordnet worden ist, klagte auf Zahlung des Kaufpreises für 260 rohe Füchse, die er an den Beklagten mit der Abrede verkauft hatte, daß der Kaufpreis von 7150 ℳ, wenn er nicht am 8. Febr. 1916 bezahlt werde, von da ab mit 6% zu verzinsen sei.

Der Beklagte wandte ein, am 12. Febr. 1916 habe für seine Rechnung der Kürschnermeister K. der M.-Bank in L. den Kaufpreis von 7150 ℳ mit der Anweisung übergeben, ihn an den Kläger auszuzahlen. Die Bank, die gegen den Kläger einen rechtskräftigen Schuldtitel auf Bezahlung eines ihr am 10. Juni 1915 von ihm übergebenen Wechsels über 23000 ℳ hatte, hätte ihm erklärt, sie verrechne die 7150 ℳ auf diese Forderung. Der Kläger hatte dem widersprochen. Der Beklagte erachtete sich trotzdem für befreit, weil die Bank auf Grund ihrer vom Kläger anerkannten Geschäftsbedingungen zu dieser Verrechnung befugt gewesen sei. Der Kläger erwiderte, da er unter Geschäftsaufsicht stehe, sei die Aufrechnung gegen die Klagforderung unzulässig.

Das Oberlandesgericht wies im Gegensatz zu dem den Beklagten verurteilenden Landgericht die Klage ab. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Folgendes ist erwiesen: K. hat von den 260 rohen Füchsen, die der Beklagte am 8. Febr. 1916 dem Kläger abgekauft hat, vom Beklagten 100 erworben und die Berichtigung des ganzen Kaufpreises von 7150 ℳ an den Kläger für den Beklagten übernommen. In Erfüllung dieses Auftrages — also

nicht als Dritter im Sinne von § 267 BGB. — hat er in Vertretung des Beklagten die M.-Bank in M., mit der er in Geschäftsverbindung stand, angewiesen, dem Kläger 7150 M durch die L.-Zweigstelle der Bank zu überweisen. Die M.-Bankniederlassung hat daraufhin die L.er-Zweiganstalt beauftragt, dem Kläger den Betrag zu vergüten. Ob dieses Geschäft zwischen den beiden Bankstellen durch Buchungen erledigt worden ist oder ob die M.er-Bank den Betrag der L.er bar zugesendet hat, ist eine Frage, die lediglich das Verhältnis der beiden Bankstellen zueinander berührt und für den gegenwärtigen Rechtsstreit ohne jede Bedeutung ist. Die L.er Zweigniederlassung hat den Vergütungsauftrag in der Weise erledigt, daß sie den Betrag dem Kläger in laufender Rechnung gutgeschrieben und ihn mit Schreiben v. 12. Febr. 1916 hiervon benachrichtigt hat. Mit der M.-Bank in L. steht der Kläger seit Jahren in Geschäftsverbindung. Das Berufungsgericht ist auch voll überzeugt, daß die Unterschrift J. H. unter den Geschäftsbedingungen der Bank v. 5. Aug. 1912 von ihm selbst eigenhändig bewirkt worden ist. — — — Damit steht, wie die Bestimmungen unter 7 dieser Geschäftsbedingungen ergeben, auch weiter fest, daß diese Bank berechtigt war, die Überweisung der 7150 M durch die M.er Niederlassung für den Kläger entgegenzunehmen, sie in dem mit ihm bestehenden Kontokorrentverkehre (§ 355 ff. HGB., Geschäftsbedingungen unter 1) ihm gutzuschreiben und sie so zur Verrechnung und Feststellung des Kontokorrentguthabens (§ 355 HGB.) zu verwenden. Es besteht auch, wie das Berufungsgericht nach seiner eigenen Kenntnis der Verhältnisse festzustellen hat, nach der kaufmännischen Verkehrsauffassung eine den Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten und ihren Banken beherrschende allgemeine tatsächliche Übung (Verkehrssitte i. S. v. §§ 157, 242 BGB., RGEntsch. 49, 162; 55, 377), daß die Banken ermächtigt sind, Überweisungen und Zahlungen für ihre kaufmännischen Kunden, mit denen sie in laufender Geschäftsverbindung stehen, entgegenzunehmen, sie den Kunden buchmäßig zu vergüten und sie so zur gegenseitigen Verrechnung und Auseinandersetzung zu benutzen. Ebenso entspricht es, wie das Berufungsgericht gleichfalls aus eigener Kenntnis der Verkehrsauffassung festzustellen hat, der tatsächlichen Übung (Verkehrssitte), daß Zahlungen unter Kaufleuten so, wie es im vorliegenden Falle durch K. geschehen ist, durch Banküberweisungen bewirkt werden. Der Kläger ist demnach auf ordnungsmäßigem, der Verkehrssitte entsprechendem Wege durch die Gutschrift seitens seiner Bank in den Besitz der 7150 M gekommen. Nach Treu und Glauben muß er daher, wie die ganze das Schuldverhältnis und insbesondere auch dessen Tilgung beherrschende Vorschrift in § 242 BGB. anordnet, dem Beklagten gegenüber diese Bankgutschrift als Tilgung der Kaufpreisschuld von 7150 M anerkennen. Die Berufung auf die Bestimmungen der Bekanntmachung, betreffend die Anordnung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens v. 8. Aug. 1914 kann diese Rechtsauffassung nicht beeinträchtigen. Durch die Vorschriften

dieser Bekanntmachung wurde die nach der Verkehrssitte bestehende Befugnis K.s, die 7150 M dem Kläger im Wege der Banküberweisungen zu vergüten, und weiter auch die sich aus den Geschäftsbedingungen und der Verkehrssitte ergebende Berechtigung der M.-Bank zu L., den Betrag dem Kläger gutzuschreiben und ihn so zur Verrechnung und Feststellung des Kontokorrentguthabens zu verwerten, in keiner Weise berührt. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht geboten, wenn diese Gutschrift durch die L.er Bank als Aufrechnung i. S. von §§ 387ff. oder als Ausführung eines in den Geschäftsbedingungen zu findenden Aufrechnungsvertrags (RGZ. 72, 378) zu beurteilen ist. Denn nach dem den Streit über die Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber einem Schuldner unter Geschäftsaufsicht entscheidenden Erkenntnisse des Reichsgerichts v. 9. Jan. 1917 (L. Z. 1917, 399[3]) ist eine solche Aufrechnung als statthaft anzusehen.— — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 25. Okt. 1917 J. w. W. 1. O. 155/16. F—ch.

---

199. Beanstandung einer äußerlich ordnungsmäßigen Abrechnung.

Vgl. 60 Nr. 184.

BGB. § 259.

Der Beklagte hatte nach §§ 675, 666 der Klägerin Rechenschaft zu legen. Diese Rechenschaftspflicht umfaßt auch die mit der Klage verlangte Rechnungslegung im Sinne des § 259 BGB. Der Beklagte muß also der Klägerin eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende Rechnung und die erforderlichen Belege vorlegen. Während der Rechtsstreit in der Berufung anhängig war, hat der Beklagte eine Aufstellung vorgelegt. Die Klägerin will sie aber als Abrechnung nicht gelten lassen, weil sie mangelhaft und unvollständig sei. Soweit dieser Vorwurf allgemein, ohne nähere Einzelheiten vorgebracht wird, ist er unbeachtlich. Die Aufstellung stellt sich äußerlich im großen und ganzen als eine aufschlußgebende Abrechnung dar. Ihr gegenüber ist es Sache der Klägerin als desjenigen Teiles, der Aufschluß haben will, anzugeben, inwiefern sie nicht genügt. Unbeachtlich ist, wenn sie sagt, bestimmte einzelne Posten seien unrichtig. Auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit kommt es hier nicht an. Eine mangelhafte. in sich fehlerhafte Abrechnung ist nichtsdestoweniger auch eine Abrechnung. Gehört werden kann die Klägerin nur damit, daß die Abrechnung schon äußerlich sich als unvollständig darstelle, daß sie sich insbesondere nicht auf gewisse Zweige der Verwaltung oder nicht auf gewisse Zeiten erstrecke, oder daß sie Sammelposten enthalte, die über die einzelnen Einnahmen oder Ausgaben keinen verständlichen Aufschluß geben. Aber auch deswegen kann sie nicht die ganze Abrechnung zurückweisen, sondern nur Ergänzung verlangen.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 11. Mai 1918. H. Str. w. D. O. W. Bf. VI 224/16. Nö.

200. Die auf die volle vertragmäßige Gegenleistung gerichtete Aufforderung des Verkäufers setzt den zur Minderung berechtigten Käufer nicht in Verzug.

Vgl. 59 Nr. 219 m. N.
BGB. § 284, 326.

Durch notariellen Vertrag v. 24. Juni 1910 verkaufte der Kläger sein Hausgrundstück an den Beklagten für 24000 ℳ. Der Beklagte zahlte 1000 ℳ an und übernahm in Anrechnung auf den Kaufpreis eine auf dem Grundstück eingetragene Hypothek von 12000 ℳ. Der Rest des Kaufpreises von 11000 ℳ sollte durch hypothekarische Eintragung auf das Grundstück sichergestellt werden. Die Übergabe des Grundstücks erfolgte alsbald, im Juli 1910 bezog der Beklagte das Haus. Die Auflassung, die bis zum 1. Okt. 1910 erfolgen sollte, fand nicht statt. Die im März 1914 an den Beklagten ergangene Aufforderung des Klägers behufs Entgegennahme der ihm gemäß dem Vertrage zu erteilenden Auflassung vor dem Grundbuchamt am 26. März 1914 zu erscheinen, widrigenfalls er Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange, blieb erfolglos. Am 27. März 1914 erklärte der Beklagte dem Kläger, er lehne die Entgegennahme der Auflassung wegen vorhandener Mängel des Hauses ab. Darauf trat der Kläger von dem Kaufvertrage zurück und klagte auf Räumung des Grundstücks. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab, weil das vom Beklagten gekaufte Haus zur Zeit der Übergabe bereits mit Fehlern behaftet gewesen sei, die den Wert und die Tauglichkeit des Hauses zu dem gewöhnlichen und nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch erheblich minderten und einen Minderwert des Hausgrundstücks bedingten, der Beklagte daher die Auflassung nicht anders als gegen eine angemessene Ermäßigung des Kaufpreises und gegen Eintragung nur einer entsprechend ermäßigten Restkaufgeldhypothek habe entgegenzunehmen brauchen und durch die auf Zahlung des vollen in dem Kaufvertrage festgesetzten Kaufpreises und Eintragung der Hypothek für das ganze Restkaufgeld gerichtete Aufforderung des Klägers nicht in Verzug gesetzt worden sei. Der hiergegen erhobene Revisionsangriff wurde verworfen. Aus den Gründen:

„— — — Die Revision macht geltend, der Beklagte hätte, wenn er vom Kläger Herabsetzung des Kaufpreises habe verlangen dürfen, dies tun und eine bestimmte Summe nennen sollen; dies habe er nicht getan, sondern die Auflassung schlechthin abgelehnt. Jedoch, wenn das vom Beklagten gekaufte Haus, wie der Berufungsrichter feststellt, zur Zeit der Übergabe mit Fehlern behaftet war, die den Wert und die Tauglichkeit des Hauses zu dem gewöhnlichen und nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch erheblich minderten, stand dem Beklagten gemäß §§ 459, 462 BGB. das Recht auf Wandelung oder Herabsetzung des Kaufpreises zu, das er auch im Wege der Einrede gegenüber einem vom Kläger erhobenen Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages geltend machen konnte. Durch das Bestehen dieses Rechtes wurde die Weigerung

des Beklagten, gemäß der als Mahnung im Sinne des § 284 BGB. sich darstellenden Aufforderung des Klägers, die Auflassung des Hausgrundstücks entgegenzunehmen, gerechtfertigt. Der Berufungsrichter läßt allerdings dahingestellt, ob aus dem früheren Verhalten des Beklagten und seiner Stellungnahme im Prozesse, insbesondere seiner Weigerung, das Haus dem Kläger zurückzugeben, folge, daß er den Anspruch auf Wandelung nicht erheben könne oder wolle. Aber auch wenn für den Beklagten nach der Sachlage nur ein Recht auf Herabsetzung des Kaufpreises gegeben gewesen wäre, würde der Beklagte nicht verpflichtet gewesen sein, der Aufforderung des Klägers nachzukommen. Denn auch im Falle eines solchen allein bestehenden Minderungsrechtes wäre, wie der Berufungsrichter zutreffend ausführt, das Verlangen des Klägers unberechtigt gewesen, da er Entgegennahme der Auflassung „gemäß dem Vertrage", also unter gleichzeitiger Eintragung der Hypothek für das aus dem Vertrage sich ergebende Restkaufgeld ohne jede Herabsetzung, beanspruchte, er mithin zu viel forderte. Der Beklagte wurde daher durch diese unberechtigte Mahnung nicht in Verzug gesetzt. Daß er seine Weigerung, die Auflassung entgegenzunehmen, damit begründete, ihm stehe wegen der vorhandenen Fehler des Hauses das Recht auf Herabsetzung des Kaufpreises zu, war zur Anwendung der Inverzugsetzung nicht erforderlich. Allerdings muß der Schuldner, der mit einer seinem Gläubiger geschuldeten Leistung zufolge eines ihm nach § 273 BGB. zustehenden Zurückbehaltungsrechts nicht in Verzug geraten will, dem Gläubiger kundtun, daß er wegen des Gegenanspruchs die geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung verweigere; denn nur so wird der Gläubiger in die Lage versetzt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 Abs. 3 BGB. abzuwenden und damit das der Geltendmachung seines Anspruchs entgegenstehende Hindernis zu beseitigen (RGEntsch. 77, 438; JW. 1911, 486[4]; Urt. v. 6. 6. 05 VII 501/04 u. v. 23. 3. 18 V 397/17). Jedoch um ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Gegenanspruchs handelt es sich vorliegend nicht. Vielmehr stand dem vom Kläger durch die Mahnung verfolgten Anspruch selbst eine Einrede aus dem Rechte des Beklagten auf Minderung des Kaufpreises entgegen. Das Bestehen der Tatsachen aber, aus denen sich für den Beklagten die rechtliche Möglichkeit der Geltendmachung der Einrede ergab, bewirkte, daß der Anspruch auf Entgegennahme der Auflassung in der vom Kläger erhobenen Art sachlich (objektiv) unbegründet war. Deshalb ist, da nur eine hinsichtlich der beanspruchten Leistung sachlich begründete Mahnung des Gläubigers den Schuldner in Verzug zu setzen vermag, der Beklagte durch die Verweigerung der Entgegennahme der Auflassung auch dann nicht als in Verzug geraten zu erachten, wenn mit dem Berufungsrichter unterstellt wird, daß er sich damals gegenüber der Aufforderung des Klägers zur Entgegennahme der Auflassung nicht zur Rechtfertigung seiner Weigerung auf sein Minderungsrecht wegen der Fehler des Hauses berufen hat (vgl. RGEntsch.

59, 24; Urt. v. 4. 5. 18 V 26/18). Aus der jetzt gegenüber dem Klagebegehren vom Beklagten auf sein Minderungsrecht gegründeten Einrede ergibt sich, daß das damals vom Kläger gestellte Verlangen nicht berechtigt und daher die damalige Weigerung des Beklagten, die Auflassung entgegenzunehmen, gerechtfertigt war.— — —"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 11. Mai 1918. A. (Kl.) w. M. (KG. Berlin). V. 36/18.

---

201. Anwendung des § 326 BGB. bei Verzug des Käufers mit der Abnahme und Untersuchung der Ware.

Vgl. 59 Nr. 4, 73; 63 Nr. 6.
BGB. §§ 326, 433 Abs. 2; HGB. § 377.

Der Beklagte verkaufte an die Klägerin 3000 Ztr. Kartoffeln zur prompten Lieferung ab Posener Stationen gegen netto Kasse mit der Bestimmung, daß „Lieferungsort für Abnahme, Prüfung und Zahlung die Verladestation sei". Die Beklagte lieferte nur 249 Ztr. Hinsichtlich des Restes stellte ihr die Klägerin am 15. Februar 1915 eine viertägige Nachfrist mit der Androhung, daß sie nach deren fruchtlosem Ablaufe Annahme der Leistung ablehne. Sie verlangte nunmehr, da die Beklagte keine Kartoffeln sandte, Schadenersatz. Die Beklagte begehrte Abweisung der Klage, weil die Klägerin sich geweigert habe, die ihr angebotenen Kartoffeln innerhalb der ihr in dem Briefe v. 3. Febr. 1915 gestellten Frist, d. h. bis zum 15. Febr. auf den Verladestationen zu prüfen und abzunehmen, und weil sie, die Beklagte, daher am 16. des genannten Monats vom Vertrage zurückgetreten sei. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab, die Revision war erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die beiden Vertragsklauseln ‚Kasse Zug um Zug ab Posener Stationen' und ‚Lieferungsort für Abnahme, Prüfung und Zahlung ist die Verladestation' sind klar und eindeutig. Nach ihnen hatte, wie das Oberlandesgericht zutreffend annimmt, die Beklagte an einem in der Nähe von Posen gelegenen Bahnorte die Kartoffeln abzuliefern und die Klägerin sie dort abzunehmen, zu untersuchen und zu bezahlen. Mit ihrem Wortlaute ist die Ansicht der Revision, daß die Beklagte die vertragliche Pflicht gehabt habe, die Kartoffeln, wenn auch auf Kosten der Klägerin, nach den von dieser aufgegebenen Orten zu versenden (§ 447 BGB.), nicht vereinbar. — — —

Auch die weitere Feststellung des Oberlandesgerichts, daß die Abnahme der Kartoffeln und ihre Untersuchung am Verladeorte im gegebenen Falle wichtige Teile der vertragmäßigen Hauptleistung der Klägerin bildeten, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Revision ist zuzugeben, daß die Abnahmepflicht (§ 433 Abs. 2 BGB.) sich in der Regel nur als eine Nebenverpflichtung des Käufers darstellen wird und daß Abnahmeverzug alsdann nicht geeignet ist, die Rechtsfolgen des § 326 BGB. auszulösen (RGEntsch. 53, 161; 56, 171; 57, 110). Es ist ferner zuzugeben, daß in der Regel dem Verkäufer gegen-

über eine Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Ware nicht besteht und durch § 377 HGB. nicht begründet wird. Für die Erhaltung der Gewährleistungsansprüche des Käufers sind lediglich die Mängelanzeige, ihr Inhalt und ihre Rechtzeitigkeit entscheidend. Unterläßt der Käufer die fristgerechte Prüfung der Ware, so kann er damit unter gewöhnlichen Umständen nur eigene Interessen, nicht die des Verkäufers verletzen (RGEntsch. 73, 169). Hier aber liegt die Sache anders. Der Vertrag bestimmte nicht nur, daß, der Regel entsprechend, am Abnahmeorte auch die Untersuchung stattzufinden habe, sondern legte der Klägerin zugleich die Pflicht auf, bei Beanstandung der Kartoffeln unverzüglich deren Begutachtung durch zwei beeidete Sachverständige herbeizuführen und der Beklagten, wie schon vorher die Mängelrüge, so auch das Ergebnis dieser Begutachtung telegraphisch mitzuteilen. Fiel sie zuungunsten der Beklagten aus, so hatte sie das Recht, entweder innerhalb zweier Tage über die Kartoffeln anderweitig zu verfügen oder sie der Klägerin zu dem von den Sachverständigen festgesetzten Minderpreise zu überlassen. Wählte sie das letztere, so war die Klägerin genötigt, die Kartoffeln zu dem herabgesetzten Preise zu behalten. Ein Anspruch auf Wandlung, Nachlieferung fehlerfreier Ware oder Schadenersatz stand ihr vertraglich nicht zu. Alle diese Bestimmungen ließen auch die Vertraggegnerin erkennen, daß der Beklagten mit einer Unterlassung der Prüfung und mit der Genehmigungsfiktion des § 377 HGB. allein nicht gedient war, sondern daß sie bereits am Verladeorte jeden Zweifel darüber zu beseitigen beabsichtigte, ob die Klägerin die Ware als vertragmäßig anerkenne oder nicht. Dadurch und durch den Ausschluß jeder Haftung für äußerlich nicht erkennbare Mängel wollte sie schon im Augenblicke der Ablieferung hinsichtlich der Kartoffeln eine klare Rechtslage zwischen sich und der Klägerin schaffen und sich zugleich in den Stand setzen, nötigenfalls eine solche auch zwischen sich und ihren Lieferanten herbeizuführen. Sie wollte die Kartoffeln nicht aus der Hand geben, ohne sicher zu sein, daß ein Gewährleistungsanspruch gegen sie überhaupt nicht gegeben sei oder sich auf die von den Sachverständigen für angemessen erachtete Minderung des Preises beschränke. Nach Ablieferung der Kartoffeln sollte ein Streit über die Auslegung des Abkommens, über das Vorhandensein von Mängeln und ihre Bedeutung und über die Beweislast nicht mehr stattfinden können. Deshalb hatte sie die Klägerin verpflichtet, die Kartoffeln am Verladeorte nicht nur abzunehmen, sondern auch zu prüfen und, falls sie rügte, durch Sachverständige untersuchen zu lassen. Daß diese Vertragbestimmungen beobachtet wurden, daran hatte die Beklagte also ein sehr erhebliches Interesse. Unter diesen Umständen ist es nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht die Abnahme und die Untersuchung der Ware im vorliegenden Falle nicht als Nebenleistungen ansieht, sondern wegen ihrer Bedeutung für die Verkäuferin zu den Hauptverpflichtungen der Klägerin rechnet. Da es weiter einwandfrei feststellt, daß die letztere mit der Abnahme und Untersuchung

der Kartoffeln in Verzug geraten sei und die ihr in Gemäßheit des § 326 BGB. gesetzte Frist ungenutzt habe verstreichen lassen, war die Rücktritterklärung der Beklagten v. 16. Febr. 1915 begründet und geeignet, die Klage zu Falle zu bringen."

Urteil des Reichsgerichts (3. Senat) v. 1. März 1918. B. w. K. (OLG. Posen). III. 506. 17. Auch in Entsch. 92 Nr. 65 S. 268.

---

202. Auslegung der Vertragbestimmung eines Inseratenauftrags: „Das Sistierungsrecht im Sinne des Gesetzes behalten wir uns vor."

BGB. §§ 631. 133. 157.

Die Beklagte erteilte im März 1914 der Klägerin einen Inseratenauftrag, wonach sie sich verpflichtete, in der Zeit vom 1. Juli 1914 bis zum 30. Juni 1916 4285 Reklamezeilen in die Zeitung der Klägerin einrücken zu lassen. Dafür wurde ein Gesamtpreis von 7000 M vereinbart. Die Beklagte hatte in den Vertrag die Bestimmung aufgenommen: „Das Sistierungsrecht im Sinne des Gesetzes behalten wir uns vor." Mit Schreiben v. 5. Aug. 1914, das die Klägerin unbeantwortet ließ, zeigte sie dieser an, daß sie infolge kriegerischer Verwickelungen von ihrem Vorbehalte Gebrauch mache und den Insertionsauftrag bis auf weitere Mitteilung sistiere. Die Klägerin widersprach zunächst nicht, mahnte aber schließlich mit Schreiben v. 24. Okt. 1916 an Vertragerfüllung. Sie forderte demnächst im Klagewege den vereinbarten Preis von 7000 M nebst Zinsen, wurde jedoch in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Beklagte hat ihrem über zwei Jahre sich erstreckenden Inseratenauftrage die Klausel beigefügt, daß sie sich das Sistierungsrecht im Sinne des Gesetzes vorbehalte und die Klägerin hat sich ihr bei der Annahme des Auftrags in ihrem Briefe v. 28. März 1914 unterworfen. Da sich die Parteien über die Bedeutung jener Klausel streiten, ist auf dem Wege der Auslegung unter Rücksichtnahme auf Treu und Glauben im Verkehr und auf eine in den beteiligten Kreisen etwa bestehende Verkehrssitte ihr Sinn zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB.). Soviel ist ohne weiteres klar, daß sich die Beklagte mit der Klausel das Recht hat vorbehalten wollen, beim Eintritte gewisser Voraussetzungen die Aufgabe der unter den Vertrag fallenden Reklameanzeigen auf Zeit verschieben zu dürfen. Die Klägerin meint nur, daß sich die Beklagte nach dem Wortlaute ihrer Erklärung ein Sistierungsrecht, also ein zeitweises Ruhen ihrer Pflicht zur Vertragerfüllung, ausschließlich für die im Gesetze vorgesehenen Fälle habe vorbehalten wollen. Daß dies nicht der Vertragwille der Beklagten gewesen sein kann, muß sich die Klägerin ohne weiteres von selbst gesagt haben. Denn das geschriebene Gesetz hat bei der Regelung der Bestimmungen über den Werkvertrag ein solches Sistierungsrecht des Bestellers nicht vorgesehen und der Fall einer zeitweiligen Unmöglichkeit der Erfüllung

seitens des Bestellers kann bei einem Vertrage der vorliegenden Art nicht vorkommen. Nur darum kann es sich handeln, daß der Auftraggeber aus anderen Gründen von seiner Erfüllungspflicht zeitweilig befreit sein will. Hat man hiervon auszugehen, so darf der Zusatz ‚im Sinne des Gesetzes' ohne Zwang dahin verstanden werden, daß sich die Beklagte ein Sistierungsrecht insoweit vorbehalten wollte, als es das Gesetz zuläßt. Sie beanspruchte also nicht ein von ihrer bloßen Willkür abhängiges Sistierungsrecht, sondern ein solches, das mit Treu und Glauben im Verkehre verträglich ist und im Rechtsverkehre nach Anschauung der Geschäftswelt Anerkennung findet. Innerhalb dieser Grenzen aber hält sie sich, wenn sie nach ihrer im Prozesse gegebenen Erläuterung mit ihrem Vorbehalte den Vertragwillen hat zum Ausdruck bringen wollen, daß wichtige eigenwirtschaftliche Gründe, die eine Reklame nicht rätlich, ja zwecklos erscheinen lassen, wie es bei Streiks, Feuersbrunst, Krieg oder sonstigen als höhere Gewalt sich darstellenden Ereignissen vorkommen kann, sie bis zum Wegfall dieser Gründe zu einer zeitweisen Aussetzung der Zeitungsreklame berechtigen sollen.

Vom Standpunkt der Beklagten aus betrachtet, hätte ein solcher Vertragwillen durchaus verständige Erwägungen zur Grundlage, die die Billigung eines jeden unbefangen urteilenden Kaufmanns finden müssen. Denn wenn einen Kaufmann Ereignisse von nicht bloß vorübergehender Dauer und Nachwirkung zu einer Einschränkung oder zeitweisen Stillegung seines Fabrikationsbetriebes nötigen, anhaltender Warenmangel ihn außerstandesetzt, die gesteigerte Nachfrage zu befriedigen, die ihm eine Reklame vermutlich einbringen würde, oder wenn alle Wettbewerber, die es sonst durch Reklame zu bekämpfen galt, vom Markte vorübergehend verschwinden, so fallen für ihn alle Beweggründe für eine Reklame weg, und deren Kosten würden in seinen Augen als eine zwecklose und deshalb kaufmännischen Grundsätzen zuwiderlaufende Ausgabe erscheinen, weil der einzige Zweck der Reklame doch nur darauf abzielt, zur Aufrechterhaltung und Steigerung des Umsatzes die Kauflust anzuregen und die Konkurrenz zu bekämpfen. Da die Beklagte ihren Vorbehalt nur auf solche betriebs- und handelsstörende oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse stützen will, deren Abwendung außer ihrer Willensmacht und außerhalb jeder Berechnung steht, kommt er nach Grund und Zweck der in der Handelswelt allgemein üblichen Kriegsklausel äußerst nahe.

Daß die Klausel von der Beklagten in dem von ihr angegebenen, mit dem Wortlaute wohl vereinbarten Sinne gemeint gewesen sei, kann auch der im Geschäftsleben stehenden Klägerin nicht unerkannt geblieben sein. Denn die Beklagte vermag sich sogar auf eine im Inseratenwesen bestehende gleiche Verkehrssitte zu berufen. Nach dem Gutachten ist es nichts Außergewöhnliches, daß sich der Auftraggeber bei der Erteilung eines umfangreichen Anzeigenauftrags das Recht einer zeitweiligen Sistierung vorbehält, und daß eine solche vom Zeitungsverleger bewilligt wird. Der Sachverständige setzt aller-

dings einschränkend hinzu, daß sich keine allgemeine Regel darüber ausgebildet habe, bis zu welcher Zeitgrenze ein solches Aufschiebungsrecht zulässig sei, und daß ihm von einer allgemein anerkannten Übung dahin, daß einem Auftraggeber das Recht zugestanden werde, die Ausführung eines Inseratenauftrags nach seinem Gutdünken hinauszuschieben, nichts bekannt sei. Letzteres Verlangen stellt indes die Beklagte gar nicht mit ihrer Klausel, sie beansprucht eine Sistierung nur auf die Zeitdauer des Bestehens derjenigen Gründe, die eine Unterbrechung der Reklame geboten erscheinen ließen. Nicht dagegen hat der Sachverständige ein Bestehen der von der Klägerin behaupteten Übung bestätigt, daß ein Zeitungsverleger sich auf eine Sistierung nur in dem Umfange einzulassen pflege, als es mit seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen vereinbar sei, und daß demzufolge bei der Ermittlung dessen, was in einem Falle der vorliegenden Art als vereinbart zu gelten habe, die Interessen beider Teile in gleichem Maße berücksichtigt werden müßten. Das Bestehen einer solchen Handelsübung hat im übrigen auch nicht einmal eine Vermutung für sich. Es liegt im Wesen des kaufmännischen Handelsbetriebes, daß der Kaufmann nur um des eigenen Vorteils willen Geschäfte abschließt und seine Vertragsanträge so stellt, wie sie seinen eigenen Interessen am besten dienen, dabei abwartend, ob der Vertraggegner die zur Wahrung seiner entgegenstehenden Interessen dienenden Maßnahmen durch Stellung eines Gegenantrags treffen will oder nicht. Die Klägerin hat aber im vorliegenden Falle eine zeitliche Einschränkung des Vorbehalts nicht verlangt, sondern den Vertrag so angenommen, wie er ihr von der Beklagten angeboten wurde. Auf Grund vorstehender Erwägungen ist das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangt, daß die Parteien durch die Aufnahme der Sistierungsklausel in ihren Vertrag dahin übereingekommen sind, daß die Beklagte das Recht haben soll, aus eigenwirtschaftlichen wichtigen Gründen die Hinausschiebung von Reklameaufträgen auf so lange zu fordern, bis sich diese Gründe erledigt hätten. — — —"

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Senat) v. 14. März 1918. H. w. T. R. 1. O. 28/17. F—ch.

---

203. Bedeutung der Klausel „rein netto", mit der einem Makler die Ware an die Hand gegeben wird.

BGB. §§ 652; 157.

Die Klägerin vermittelte zwischen der Beklagten und dritten Firmen den Abschluß dreier Geschäfte, die nicht in Ordnung gegangen sind, zwei, weil infolge ausländischen Ausfuhrverbotes keine Lieferung erfolgte, das dritte nicht, weil der Käufer die Ware als mangelhaft zur Verfügung stellte. Die Klägerin verlangte Zahlung von 1010 ℳ Provision. Die Beklagte wandte ein, daß die Klägerin, da ihr die Waren rein netto an die Hand gegeben seien, darauf beschränkt sei, aus dem von ihr zu erzielenden Überpreise einen Gewinn zu erzielen. Da der Preis nicht eingegangen sei, habe sie daher keinen

Gewinnanspruch und könne nicht, wie sie es versuche, den Überpreis als Provision geltend machen. Die Beklagte wurde antragmäßig verurteilt. Aus den Gründen:

„Wenn einem Makler die Ware „netto" an die Hand gegeben, er also gezwungen ist, seinen Verdienst durch einen Aufschlag zum Preise zu schaffen, so sind, wie die Sachverständigen übereinstimmend bekunden, zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder macht der Makler nämlich den Überpreis nur in Höhe der üblichen Courtage, und dann hat er seinem Auftraggeber gegenüber einen von der Abwickelung des Geschäfts unabhängigen Anspruch auf Vergütung des Überpreises, oder der Makler macht einen höheren Überpreis, dann ist er am Gewinn beteiligt und sein Anspruch ist von der Erzielung des Gewinns abhängig.

Wie die Sachverständigen ferner übereinstimmend bekunden, hat sich die Praxis, dem Makler in dieser Weise Ware „netto" an die Hand zu geben, im wesentlichen erst im Laufe des Krieges gebildet; sie hat ihre Ursache in der völligen Verschiebung der Interessentengruppen und der Unberechenbarkeit der zu erzielenden Preise, und die verschiedene Behandlung der Fälle findet ihren Grund darin, daß der Makler, der einen höheren Aufschlag als die übliche Provision macht, mit dem größeren Risiko, nicht zum Abschluß zu kommen, auch die Chance eines entsprechend größeren Gewinnes hat, während der Makler, der sich in den Bahnen des regulären Geschäfts bewegt und nur den Betrag der üblichen Provision aufschlägt, unter keinen Umständen umsonst arbeiten soll und will.

Das Gericht schließt sich dieser wohl verständlichen Auffassung an und stellt daher als verkehrsüblichen Sinn der Vereinbarung, daß einem Makler Ware „netto" an die Hand gegeben wird, fest, daß der von ihm erzielte Überpreis rechtlich den Charakter der Provision dann hat, wenn der Überpreis der Höhe der üblichen Provision entspricht. Da das hier der Fall ist, ist der Anspruch der Klägerin infolge des Vertragabschlusses begründet. Der Umstand, daß die Geschäfte nicht zur Abwickelung gelangt sind, berührt den Anspruch nicht, im besonderen ist es auch gleichgültig, daß die Abwickelung des Sahnegeschäfts infolge des Verbotes, ausländische Sahne in den Verkehr zu bringen, unmöglich geworden sein soll."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 31. Mai 1918. C. St. & Sohn w. Ver. Olief. Bf. III 208/17. Nö.

---

204. Zustandekommen des Vergleichs trotz mangelnder Übereinstimmung des inneren Willens der Beteiligten.

Vgl. 70 Nr. 235.
BGB. §§ 779, 154.

Der Beklagte hatte von der Klägerin Eschenholz auf dem Stamme gekauft. Zwecks Beilegung des über die Höhe des Kaufpreises entstandenen

Streites fanden mehrfache Besprechungen zwischen dem Bruder dar Klägerin und dem Beklagten statt, wobei von einem Preisnachlasse bis auf etwa 3600 ℳ gesprochen wurde. Am 27. April 1916 bot die Klägerin durch den Justizrat D. brieflich dem Beklagten einen Vergleich dahin an, daß sie auf die Mehrforderung von 307,40 ℳ verzichten wollte, wenn der Beklagte die Hölzer bis zum 1. Mai 1916 abnehmen und ihr 3600 ℳ zahlen würde. Der Beklagte erklärte sich zur Hinterlegung von 3600 ℳ bei der G.er Bank bereit, D. lehnte die angebotene Hinterlegung ab und forderte Zahlung der ganzen Summe. Am 4. Mai 1916 kamen die Parteien bei einer zufälligen Begegnung auf die Angelegenheit zu sprechen. Der Beklagte sagte, er habe doch „das Geld" (oder „die 3600 ℳ") bei der G.er Bank hinterlegt. Die Klägerin erwiderte, sie wolle mit dieser Bank nichts zu tun haben, sie wolle das Geld auf die C.er Bank in R. haben. Der Beklagte erwiderte, er wolle das Geld dorthin überweisen lassen. Die Klägerin gab sich damit zufrieden und gestattete die Abfuhr der Hölzer. Von dem 3600 ℳ übersteigenden Betrage wurde hierbei nicht gesprochen. Die Klägerin klagte auf Zahlung von 3907,40 ℳ Kaufpreis abzüglich der am 8. Mai 1916 bezahlten 3600 ℳ. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach den Zeugenaussagen hat der Beklagte damals nicht behauptet, daß schon ein in allen Punkten fertiger Vergleich vorliege. Er hat der Klägerin nur vorgestellt, daß er ‚das Geld' oder ‚die 3600 ℳ' — das war die Vergleichsumme, die D. in seinem Briefe v. 27. April 1916 als Vergleichsumme genannt hatte — bei der G.er Bank hinterlegt habe. Diese Angabe entsprach auch der Wahrheit. Die Klägerin hat damals dagegen nur ausgestellt, sie wolle das Geld auf die C.er Bank in R. haben. Das durfte der Beklagte nach Treu und Glauben im Hinblick auf seine Verhandlungen mit den von der Klägerin in der Sache beauftragten und bevollmächtigten Personen als endgültige Zustimmung zu dem angebahnten Vergleich auffassen und insbesondere auf die Summe beziehen, die D. als Ausgleich angeboten hatte, wennschon es auf Grund dieses Angebots nicht zum Vergleich gekommen war. In diesem Sinne muß daher die Klägerin ihre Äußerung gegen sich gelten lassen. Daß der Beklagte die Klägerin tatsächlich so verstanden hat, ergibt sich aus seiner Erwiderung, er wolle dann das Geld auf die C.er Bank überweisen lassen. In diesen persönlichen Äußerungen der Parteien liegen ausreichend bestimmte und klare Erklärungen vor, so daß auch durch die etwaige Nichtübereinstimmung des beiderseitigen inneren Willens das Zustandekommen des Vergleichs nicht gehindert wurde und von einem den Vertragabschluß rechtswirksam ausschließenden versteckten Mangel der Willenseinigung nicht gesprochen werden kann. Daß der Beklagte die 3600 ℳ auf Grund der persönlichen Verhandlung mit der Klägerin auf die von ihr gewünschte Bankstelle überwiesen, und daß die Klägerin das Geld noch vor der Klagzustellung erhalten hat, ist nicht streitig."

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Sen.) v. 27. Mai 1918. P. w. W. 2. O. 14/18. Ch.

205. Haftung des überlebenden Ehegatten für seine auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Überschuldung des Gesamtguts.

BGB. §§ 1489 Abs. 2; 1980.

Die beklagte Witwe hat mit ihrem am 5. März 1915 verstorbenen Ehemann in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt. Nach dem Tode ihres Mannes setzte sie die Gütergemeinschaft mit ihren Kindern fort. Auf die Klage der Klägerin wurde sie als alleinige Inhaberin der Firma ihres verstorbenen Mannes und als Repräsentantin der mit ihren Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft verurteilt, der Klägerin 4043,20 ℳ nebst Zinsen zu zahlen. Zugleich wurde ihr die Geltendmachung der Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlaß ihres verstorbenen Mannes vorbehalten.

Der Antrag der Beklagten auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesamtgut wurde wegen unzureichender Masse abgelehnt. Mit der im März 1917 erhobenen Klage machte die Klägerin einen Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte zur Höhe von 1951,80 ℳ geltend, weil die Beklagte die vorhandenen Mittel des Nachlasses nach ihrem Gutdünken unter einzelne Gläubiger verteilt habe, ohne die klägerische Forderung zu berücksichtigen. Diese Klage hatte in beiden Instanzen Erfolg: Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach § 1489 Abs. 1 BGB. haftet der überlebende Ehegatte für die Gesamtgutverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft (der Regel nach) persönlich. Soweit jedoch die persönliche Haftung den überlebenden Ehegatten nur infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft trifft — wie in dem vorliegenden Streitfalle —, finden nach § 1489 Abs. 2 BGB. die für die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Demnach hatte Beklagte die Vorschriften des § 1980 BGB. zu befolgen, woselbst es heißt: „Beantragt der Erbe nicht unverzüglich, nachdem er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt hat, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, so ist er den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich." Ferner: „Der Kenntnis der Überschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich. Als Fahrlässigkeit gilt es insbesondere, wenn der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt, obwohl er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen."

Die Beklagte hat diese Vorschriften unbeachtet gelassen und sich dadurch der Klägerin schadenersatzpflichtig gemacht. Zwar hat die Beklagte versichert, daß sie beim Ableben ihres Ehemannes von der klägerischen Forderung keine Kenntnis gehabt habe, auch mag unterstellt werden, daß das an ihren Ehemann gerichtete Mahnschreiben der klägerischen Anwälte vom 4. März 1915 erst „nach Abwickelung des Nachlasses" in ihre Hände gelangt sei. Dennoch kann der Beklagten der Vorwurf nicht erspart werden, daß ihre Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht hat.

Die Beklagte hat, wie nicht streitig ist, im Laufe des Vorprozesses der Klägerin eine Aufstellung über den Nachlaß ihres Ehemanns vorgelegt, aus welcher sich ergab, daß die Aktiva 6985 *M* und die Passiva 8573 *M* betrugen, so daß schon hiernach der Nachlaß überschuldet war. Beklagte hatte daher, zumal ihr Mann ein kaufmännisches Geschäft betrieb, allen Grund, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen. Anstatt nun ein Aufgebot der Nachlaßgläubiger zu beantragen, hat Beklagte die Unvorsichtigkeit begangen, die vorhandenen Aktiva des Nachlasses unter Zuhilfenahme eigener Mittel nur zur Befriedigung der ihr bekannten Gläubiger zu benutzen, wie sie selbst angeführt hat. Für den der Klägerin dadurch erwachsenen Schaden ist die Beklagte verantwortlich. Klägerin hat ihren Schaden auf 40% ihrer Gesamtforderung von 4879,52 *M*, d. i. auf 1951,80 *M* berechnet. Da Beklagte auf diese Berechnung nicht näher eingegangen ist und es wohl glaublich erscheint, daß Klägerin im Konkurse mit 40 % zum Zuge gekommen wäre, ist das Urteil des Landgerichts zu Recht ergangen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 11. Juni 1918. C. & St. w. Witwe M. Bf. III. 407/17. Nö.

---

206. Für die Notwendigkeit der Erbschaftsausschlagung im Falle des § 2306 BGB. ist das Verhältnis zwischen dem Werte des Hinterlassenen und dem rechnerischen Betrage des Pflichtteils unter Berücksichtigung der Ausgleichungs- und Anrechnungspflicht maßgebend.

Vgl. 65 Nr. 13.
BGB. § 2306.

Nach dem Testament des 1914 gestorbenen Vaters der Klägerin sind diese und ihre Kinder zu je $1/_{6}$, die beiden Schwestern der Klägerin zu je $1/_{3}$ als Erben berufen. Der Erblasser hat ferner angeordnet, daß der Erbteil der Klägerin gemäß § 2338 BGB. nach ihrem Tode an ihre Kinder als Nacherben fallen, und daß die Verwaltung ihres Erbteils, solange ihr Ehemann lebe, von dem ernannten Testamentsvollstrecker oder von einem besonderen gerichtlichen Pfleger geführt werden solle. Den Ehemann der Klägerin hatte er von der Verwaltung und Nutznießung des Erbteils seiner Frau und seiner Kinder ausgeschlossen. Endlich hatte der Erblasser verschiedene Vermächtnisse ausgesetzt. Die Klägerin hat die Erbschaft aus diesen letztwilligen Verfügungen ihres Vaters ausgeschlagen und verlangt von ihren Schwestern den Pflichtteil.

Die Beklagten haben eingewendet: Der der Klägerin hinterlassene Erbteil übersteige nicht die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils. Es liege deshalb der Fall des § 2306 Abs. 1 S. 1, nicht derjenige des Satzes 2 vor. Die Klägerin habe daher durch die Ausschlagung der Erbschaft einen Pflichtteilsanspruch nicht erlangt.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Klägerin hatte geltend gemacht, infolge der ihr nach §§ 2315, 2316 BGB. obliegenden Ausgleichungs- und Anrechnungspflicht bleibe ihr Pflichtteil hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurück. Infolgedessen sei der ihr hinterlassene Erbteil größer als ihr Pflichtteil. Im § 2306 Abs. 1 sei aber unter der „Hälfte des gesetzlichen Erbteils" der Pflichtteil verstanden. Es liege daher der Fall des Abs. 1 Satz 2 vor, so daß sie habe ausschlagen müssen, um den Pflichtteil frei von den angeordneten Beschränkungen und Beschwerden zu erhalten. Dagegen vertraten die Beklagten die Auffassung, daß die lediglich für die ziffermäßige Berechnung des Pflichtteils bestimmten Vorschriften der §§ 2315 und 2316 bei Bemessung der Hälfte des gesetzlichen Erbteils im Sinne des § 2306 unberücksichtigt bleiben müßten. — —

Das Landgericht hat den Standpunkt der Beklagten gebilligt. Es führt aus: Das Gesetz unterscheide offenbar zwischen dem Pflichtteil, den es der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils gleichsetze und für dessen ziffermäßige Berechnung es in den §§ 2315 ff. besondere Bestimmungen enthalte einerseits, und der Hälfte des gesetzlichen Erbteils anderseits (§§ 2305, 2306, 2316 Abs. 2). Insbesondere § 2316 Abs. 2 zeige deutlich, daß das Gesetz Fälle kenne, in denen der Pflichtteil größer sei als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Bei Bemessung der Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils seien deshalb die lediglich für die Ermittlung des Pflichtteilsbetrages berechneten Vorschriften der §§ 2315 ff. unbeachtet zu lassen. Unter Erbteil bzw. Hälfte des Erbteils sei vielmehr nicht ein ziffermäßig den Erben zukommender Betrag, sondern, entsprechend den Vorschriften in den §§ 1922[2], 1924[4], 2033[2], 2047 der Anteil des Miterben, d. h. die ihm zustehende Erbquote zu verstehen, und die Frage, ob ein Fall des Satzes 1 oder des Satzes 2 des § 2306 Abs. 1 vorliege, entscheide sich lediglich nach der Höhe dieser Quote.

Das Oberlandesgericht hat diese Begründung zu der seinigen gemacht. Mit Recht wird diese Ansicht von der Revision bekämpft. Es kann zwar nicht in Abrede gestellt werden, daß sie den Wortlaut des Gesetzes für sich hat. Aber dem Sinne des Gesetzes wird sie in einem Falle wie dem vorliegenden nicht gerecht. Die §§ 2305 bis 2308 sollen Vorsorge treffen für den Fall, daß ein Pflichtteilsberechtigter von der Erbfolge nicht durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen (§ 2303), sondern mit Zuwendungen bedacht ist, die dem Werte nach hinter dem Werte des Pflichtteils zurückbleiben oder bei denen dies wenigstens möglich ist (Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 2). Es soll dem Pflichtteilsberechtigten auch in diesen Fällen der Wert seines Pflichtteils unter allen Umständen gewährleistet werden (vgl. Mot. zu §§ 1979—1981 E. I. Bd. V. S. 391 ff.). Es ist aber

kein Grund dafür ersichtlich, weshalb dem Pflichtteilsberechtigten in einem solchen Falle mehr als der Wert seines Pflichtteils zukommen soll. Das würde aber der Fall sein können, wenn man unter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils in jedem Falle die reine Erbschaftsquote verstehen wollte. Denn deren Wert ist nach dem tatsächlichen Nachlaßbestande zu berechnen, ergibt also, wenn der Pflichtteilsberechtigte anrechnungspflichtig ist, gegenüber dem Werte des ihm gesetzlich zustehenden Pflichtteilsanspruchs ein Mehr und kann, auch wenn er nur ausgleichungspflichtig ist, ein Mehr ergeben. Diese Folge widerspricht dem gesetzgeberischen Gedanken. — — Es muß vielmehr angenommen werden, daß das Gesetz, wenn es in den §§ 2305, 2306 von der Hälfte des gesetzlichen Erbteils spricht, nur den regelmäßigen, in dem unmittelbar vorhergehenden § 2303 geregelten Fall im Auge hat, daß der Pflichtteil der Hälfte des gesetzlichen Erbteils gleichkommt. Das findet Bestätigung in der Entstehungsgeschichte.

Zugegeben werden kann dem Landgericht, daß die rechtzeitige Feststellung desjenigen Betrages, auf den sich der Pflichtteil bei Berücksichtigung der Abrechnungs- und Ausgleichungspflicht stellt, unter Umständen Schwierigkeiten machen kann, insbesondere soweit die von den Miterben des Pflichtteilsberechtigten auszugleichenden Beträge in Frage kommen. Allein ähnliche Schwierigkeiten sind in allen Fällen, wo Ausschlagung der Erbschaft in Frage kommt, möglich und können sich gerade angesichts der gesetzlichen Regelung im § 2306 besonders in den nicht seltenen Fällen ergeben, in denen der Erblasser den Willen, den Pflichtteilsberechtigten zum Erben einzusetzen, dadurch zum Ausdruck gebracht hat, daß er seinen Nachlaß im einzelnen vergeben hat, und es deshalb zur Ermittlung der Erbschaftsbruchteile noch einer Rechnungsoperation bedarf, die das Verhältnis jener Einzelzuwendungen zum Gesamtwerte des Nachlasses klarstellt.

Ob und inwieweit dann, wenn der pflichtteilsberechtigte Erbe die Erbschaft vom Standpunkte des § 2306 BGB. aus zu Unrecht angenommen oder ausgeschlagen hat, durch Anfechtung Abhilfe geschaffen werden kann, ist hier nicht zu untersuchen.

Richtig ist, daß an den vom Landgericht zitierten Stellen in Literatur und Rechtsprechung (Rechtspr. OLG. 11, 261; SeuffA. 65. Nr. 13; Staudinger 8 zu 2306, Planck 1 desgl.) und auch sonst angenommen wird, daß unter dem hinterlassenen Erbteil und der Hälfte des gesetzlichen Erbteils die Quote und nicht das Quantum zu verstehen sei. Allein an allen diesen Stellen ist die Frage, wie es bei Konkurrenz der Ausgleichungs- und Anrechnungspflicht zu halten, überhaupt nicht Gegenstand der Erörterung gewesen, und daß für die übrigen Fälle die Auslegung richtig ist, ist nicht zu bestreiten.

Daß aber in Fällen, wie dem vorliegenden, nur von einer sinngemäßen Anwendung die Rede sein kann, wird von verschiedenen Schriftstellern anerkannt.

Strohal[3], Erbrecht § 55 zu VIII Bd. I S. 472; Dernburg[3], BR. V § 110 IV 4; Planck[3], Anm. 9 zu § 2315; Leonhard, Erbrecht III 2 zu § 2315. And. Ansicht Staudinger 5/6 VI zu § 2315.

Diese sinngemäße Anwendung kann aber, wie gezeigt, nur dazu führen, daß in Fällen, in denen der Pflichtteil wegen Anwendung der §§ 2315, 2316 größer oder geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, der rechnerische Betrag des Pflichtteils für die Frage maßgebend sein muß, ob der zum Erben berufene Pflichtteilsberechtigte nach § 2306 Abs. 1 ausschlagen muß oder nicht. Nimmt man dies an, so befindet man sich auch im Einklang mit den Gründen, die für die unterschiedliche Behandlung der Fälle des Satzes 1 und des Satzes 2 maßgebend gewesen sind. Der Entw. 1 unterschied im § 1981 nicht die beiden Fälle, wenn der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil mehr und wenn er nur ebensoviel oder weniger beträgt als der Pflichtteil. Vielmehr sollte der Berechtigte allemal ausschlagen müssen, wenn er mit den Belastungen nicht einverstanden war. Diese Regelung erschien der II. Kommission künstlich und gezwungen. Daß man, um das Mehr zu erhalten, erst das empfangene Weniger ausschlagen müsse, werde — so meinte man — niemand verstehen; die allgemeine Auffassung werde sein, daß der Pflichtteilsberechtigte das Empfangene behalten und die auferlegten Beschränkungen als unwirksam behandeln dürfe. (Prot. V. 507/8). Eine Ausschlagung sollte deshalb dann nicht mehr nötig sein, wenn dem Berechtigten nicht mehr als sein Pflichtteil zugewendet ist. Die angeordneten Beschränkungen und Beschwerden sollten in diesem Falle einfach gestrichen werden.

Es kommt hiernach darauf an, ob die Behauptung der Klägerin, daß bei Berücksichtigung der gesetzlichen Ausgleichungspflicht und Anrechnungspflicht ihr Pflichtteil hinter dem Werte des hinterlassenen Erbteils zurückbleibe, richtig ist. Ist dies der Fall, so hat sie im Sinne des § 2306 Abs. 1 die Erbschaft mit Recht ausgeschlagen und kann ihren Pflichtteil verlangen. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) vom 25. April 1912. H. (Kl.) w. R. u. Gen. (OLG. Naumburg) IV. 76/18. Auch in Entsch. 93 Nr. 2 S. 3.

---

207. Entlassung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft; die §§ 177 ff. BGB. finden auf die Vertretung der Aktiengesellschaft, soweit diese durch das Handelsgesetzbuch geregelt ist, keine Anwendung.

Vgl. 42 Nr. 237.

HGB. §§ 243 Abs. 4, 250; BGB. §§ 177, 180, 184.

Im Jahre 1913 wurde der Kläger vom Aufsichtsrat der Beklagten auf die Dauer von 2 Jahren vom 1. Januar 1914 an zum Berater des Vorstands und Reorganisator des Unternehmens bestellt. Die ihm hierbei

in Aussicht gestellte Wahl zum Mitglied des Aufsichtsrats wurde durch Beschluß der Generalversammlung vom 29. Dezember 1913 vollzogen und die Amtsdauer auf die Zeit bis zur ordentlichen Generalversammlung im Jahre 1916 bestimmt. Auf Grund eines Beschlusses des Aufsichtsrats vom 18. Januar 1915 wurde dem Kläger das Dienstverhältnis wegen des angeblichen Vorliegens wichtiger Auflösungsgründe für sofort gekündigt. Durch Beschluß der Generalversammlung vom 10. Mai 1915 wurde die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied widerrufen. Der Kläger glaubte hierdurch seiner Rechte auf die ihm versprochene Vergütung nicht verlustig gegangen zu sein und klagte auf Zahlung des Gehalts für die Zeit vom 1. August 1914 bis Ende 1915. Das Ber.-Gericht sprach dem Kläger das Gehalt bis zum 10. Mai 1915 zu. Die Revision der Beklagten, mit der Abweisung des Gehaltsanspruchs für die Zeit nach dem 18. Januar 1915 begehrt wurde, war ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Revision sucht der Kündigung des Aufsichtsrats vom 18. Januar 1915 mit der Begründung Geltung zu verschaffen, daß der Kläger als Berater und Reorganisator „Delegierter" des Aufsichtsrats, und daß dieser daher zur Entlassung des Klägers aus jenem Amte befugt gewesen sei. Die Rechtsanschauung ist unvereinbar mit der rechtlich unbedenklichen Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Kläger Aufsichtsratsmitglied und als solches zugleich Berater und Reorganisator war. Der Kündigung des Aufsichtsrats kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt Rechtswirksamkeit beigemessen werden, daß sie die rechtsgeschäftliche Handlung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht darstelle, die das für die Handlung zuständige Organ, die Generalversammlung, durch den Beschluß vom 10. Mai 1915 mit rückwirkender Kraft genehmigt habe (§§ 180, 184 Abs. 1 BGB.). Das Handelsgesetzbuch hat die Vertretungsbefugnisse der einzelnen Organe der Aktiengesellschaft dergestalt geregelt, daß zur Vertretung regelmäßig der Vorstand und ausnahmsweise der Aufsichtsrat und die Generalversammlung berufen sind (vgl. Staub, HGB. Anm. 3 zu § 231). Die mit dieser Abgrenzung bezweckte Sicherheit des Rechtsverkehrs würde wesentlich beeinträchtigt werden und es würde sich eine Quelle von Streitigkeiten ergeben, wenn die vom Gesetz aufgestellten Vorschriften durch die Bestimmungen des BGB. über die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht (§ 177 f.) durchbrochen würden."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 9. April 1918. S. w. M. AG. G. (OLG. Stuttgart). III. 473/17.

II. Verfahren.

208. Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit i. S. des § 13 GVG.*; Zulässigkeit des Rechtswegs für die Klage auf Einhaltung der zwischen einer preuß. Gemeinde und einer Straßenbahngesellschaft getroffenen Tarifvereinbarung.

*Vgl. 64 Nr. 200; 72 Nr. 180.

GVG. § 13; Preuß. Kleinbahngeſ. v. 28. Juli 1892 § 6.

In dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrage vom 12. März 1901, in dem die Klägerin der Beklagten die Einwilligung zur Einführung des elektrischen Betriebes auf ihrer innerhalb der Gemeinde U. liegenden Bahnstrecke erteilt und zugleich ihre Zustimmung zur Mitbenutzung der Straßen über die in einem früheren Vertrage festgesetzte Zeit hinaus verlängert, sind die von der Beklagten zu erhebenden Fahrpreise festgesetzt. Seit dem 1. Juli 1916 erhob die Beklagte gemäß einem von der Aufsichtsbehörde genehmigten neuen Tarife höhere als die in dem Vertrage festgesetzten Fahrpreise. Die Klägerin klagte auf Unterlassung der Erhebung höherer als der vereinbarten Fahrpreise. Die Beklagte wendete die Unzulässigkeit des Rechtsweges ein. Das Landgericht wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges ab, das Berufungsgericht verwarf dagegen diese Einrede.

Die Revision war erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Klage bezweckt die Innehaltung der von den Parteien in dem Vertrage vom 12. März 1901 vereinbarten Beförderungssätze, aber nicht im Widerspruch gegen eine abweichende Festsetzung dieser Preise durch die Aufsichtsbehörde, sondern gegenüber dem von der Beklagten von sich aus gefaßten Entschlusse, die Beförderungspreise zu erhöhen.

Für den Klageanspruch, wie er so sich darstellt, ist der Rechtsweg zulässig, jedoch nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, weil der Anspruch ein rein zivilrechtlicher wäre, sondern weil er, obwohl ein öffentlich-rechtlicher, doch als ein bürgerlich-rechtlicher im Sinne des § 13 GVG. anzusehen ist.

Der Anspruch entspringt einem Vertrage, der die Zustimmung der Klägerin zur Einführung des elektrischen Betriebes auf der in ihrem Gebiete liegenden Bahnstrecke der Beklagten und zur Benutzung ihrer Straßen über einen in früheren Verträgen festgesetzten Zeitpunkt hinaus zum Gegenstande hat. Der Vertrag stellt sich also als ein sog. Zustimmungsvertrag nach § 9 des Kleinbahngesetzes dar. Ein solcher Vertrag ist aber, wie der erkennende Senat bereits in dem Urteile vom 12. Mai 1908 — RGEntsch. 68, 373 — ausgesprochen hat, im wesentlichen ein öffentlich-rechtlicher ——— (wird näher ausgeführt).

Erscheint es nun auch nicht ausgeschlossen, daß einzelne Bestimmungen dieser öffentlich-rechtlichen Verträge eine privatrechtliche Natur haben, so

gilt dies doch keinesfalls für die zwischen dem Straßenbahnunternehmer und dem Wegeunterhaltungspflichtigen, insbesondere von Städten oder Landgemeinden, im Rahmen des Zustimmungsvertrages getroffenen Tarifvereinbarungen. — — Aus einer solchen Vereinbarung klagt hier die Klägerin, und ihr Anspruch richtet sich nicht auf irgendwelche an ihr Kämmereivermögen zu machende Leistung, sondern auf die Innehaltung des Vertrags, auf Aufrechterhaltung der Beförderungssätze, die sie um ihrer Einwohnerschaft willen mit der Beklagten vereinbart hat. Sie nimmt also lediglich öffentlich-rechtliche Interessen mit ihrer Klage wahr, und deshalb muß der Anspruch als ein öffentlich-rechtlicher angesehen werden.

Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG. deckt sich aber nicht mit dem Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit und schließt nicht schlechthin solche Ansprüche aus, welche nach heutiger Auffassung als öffentlich-rechtliche angesehen werden. Der Gesetzgeber hat den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als einen gegebenen, ungeachtet seiner Verschiedenheit in den verschiedenen Gebieten des Reiches im geschriebenen oder ungeschriebenen Rechte fixierten vorausgesetzt — Begr. zu § 2 Entw. GVG., Hahn Materialien Bd. I S. 47 — und er hat, was hiernach als bürgerliche Rechtsstreitigkeit galt und deshalb dem ordentlichen Rechtswege unterstand, auch fernerhin als solche gelten lassen wollen. Nicht das Gerichtsverfassungsgesetz, sondern die Reichsgesetze im allgemeinen, und, soweit diese darüber schweigen, die Landesgesetze entscheiden hiernach darüber, was als bürgerliche Rechtsstreitigkeit anzusehen ist. In Ermangelung positiver Bestimmung des einzelnen in Betracht kommenden Gesetzes ist seiner Gesamtheit und der darin zum Ausdruck kommenden Rechtsauffassung, sowie der zur Zeit seines Erlasses herrschenden Rechtsübung zu entnehmen, ob die Streitigkeiten, zu denen die Anwendung des Gesetzes führen kann, der Entscheidung im ordentlichen Rechtswege unterliegen oder in anderer Weise, durch Entscheidungen der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte, geschlichtet werden sollten. Der Mangel einer Anordnung der letzteren Art, der auch durch entsprechende Anwendung sonstiger die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte regelnden Vorschriften nicht ergänzt werden kann, wird da, wo mit der Entstehung von Streitigkeiten notwendig gerechnet werden mußte, und wo die öffentliche Ordnung die Entscheidung solcher Streitigkeiten unbedingt erfordert, regelmäßig dazu führen, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, die Zulässigkeit des Rechtsweges zu bejahen, auch wenn es sich um einen Anspruch handelt, der nach heutiger Auffassung ein öffentlich-rechtlicher ist. Dies gilt besonders dann, wenn zur Zeit des Erlasses des GVG. oder des besonderen in Betracht kommenden späteren Reichs- oder Landesgesetzes die öffentlich-rechtliche Natur des betreffenden Anspruchs noch nicht allgemein anerkannt war. Die Rechtsauffassung über die

scheidung von öffentlichem und Privatrecht hat sich im Laufe der letzten Jahrzehnte wesentlich geändert. Mehr und mehr sind Rechtsgebilde, die früher als privatrechtliche angesehen wurden, als dem öffentlichen Rechte angehörig erkannt worden. Dieser Wechsel der Auffassung kann unmöglich zur Folge haben, daß die Streitigkeiten aus solchen, früher als privat-rechtlich angesehenen Rechtsgebieten nunmehr dem ordentlichen Rechtswege entzogen werden und damit jeder Rechtsschutz für die betreffenden Ansprüche wegfällt.

§ 13 GVG. muß hiernach dahin verstanden werden, daß als bürgerliche Rechtstreitigkeit anzusehen ist, was nach der zur Zeit der Erlasses des GVG. geltenden Rechtsauffassung oder nach der Auffassung des in Betracht kommenden späteren Gesetzes durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden war.

In diesem Sinne aber ist auch der hier erhobene Klageanspruch ein bürgerlich-rechtlicher. In der Rechtsprechung wurden die Zustimmungsverträge zunächst als privatrechtliche Mietverträge bezeichnet (vgl. besonders RGEntsch. 40, 285); sogar der Anspruch auf Gewährung des in dem Zustimmungsvertrage vereinbarten Freifahrtscheines für die Gemeindebeamten ist in einem Urteil des Reichsgerichts vom 6. Febr. 1902 IV 421/01 als ein privatrechtlicher erachtet, weil die Festsetzung des Entgelts nach § 6 des Kleinbahnges. Gegenstand freier Vereinbarung der Vertragschließenden sei und nur beim Nichtzustandekommen einer solchen Vereinbarung die Vorschrift des § 7 Platz griffe. Bei der Beratung des Kleinbahnges. ist nun allerdings die öffentliche Bedeutung der Unternehmen und die öffentlich-rechtliche Natur der Bestimmungen nachdrücklichst betont, nicht aber in der Absicht, damit die Streitigkeiten, die aus dem Verhältnisse zwischen den Wegeunterhaltungspflichtigen und dem Unternehmer nach erteilter Zustimmung entstehen könnten, allgemein dem Rechtswege zu entziehen. Nur für den Fall, daß die behördliche Ergänzung der Zustimmung des Unterhaltungspflichtigen eintreten muß, ist in § 7 Abs. 2 bestimmt, daß durch den Ergänzungsbeschluß zugleich über die nach § 6 gestellten Ansprüche unter Ausschluß des Rechtsweges zu entscheiden ist. Darüber, wie Streitigkeiten aus einem zwischen den Beteiligten in freier Vereinbarung geschlossenen Vertrage, Streitigkeiten, die als unvermeidlich erkannt werden mußten, zu schlichten seien, enthält das Gesetz nichts. Die Zuständigkeit irgendwelcher Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte dafür läßt sich nicht begründen. Danach müssen diese Streitigkeiten jedenfalls insoweit als bürgerlich-rechtliche angesehen werden, als sie, wie der vorliegende, nicht über diejenigen Grenzen hinausgehen, welche der Vertragfreiheit des Unternehmers vom Gesetze gezogen sind."

Urteil des Reichsgerichts (3. Senat) v. 12. März 1918. C.er Straßenb. w. Stadtgem. N. (OLG. Düsseldorf). III. 296/17. Auch in Entsch. 92 Nr. 79 S. 310.



209. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn der auswärtige Anwalt in einem gewöhnlichen Brief Auftrag zur Einlegung der Berufung erteilt, der Brief aber verspätet eintrifft.

Vgl. 36 Nr. 301; 44 Nr. 54; 45 Nr. 223; 48 Nr. 213. 214.

ZPO. § 233.

Gegen das dem erstinstanziellen Prozeßbevollmächtigten des Klägers Rechtsanwalt W. in X. am 21. Dezember 1917 zugestellte Urteil hat Rechtsanwalt Dr. K. in München namens des Klägers mit Schriftsatz vom 23. Januar 1918 Berufung eingelegt und gleichzeitig die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Notfrist beantragt, indem er geltend machte, der vom 15. Januar 1918 datierte Auftrag des Rechtsanwalts W., gegen das Urteil Berufung einzulegen, sei am 16. des Mts. zur Post gegeben worden, aber erst am 23. Januar in seinen, des Rechtsanwalts Dr. K., Einlauf gelangt. Diese Tatsachen hat der Anwalt des Klägers durch Vorlage des Briefumschlags und seiner Handakten nachgewiesen.

Der Wiedereinsetzungsantrag ist unbegründet und die nach Ablauf der Notfrist eingelegte Berufung unzulässig — §§ 233 ff., 516, 535 ZPO. Nach § 233 ZPO. sind unabwendbare Zufälle auch solche durch Menschen herbeigeführte Umstände, deren Abwendung durch Vorkehrungen, die mit dem zu erwartenden Erfolg in vernünftigem Verhältnis stehen, nicht möglich war. Die Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt, die Vermeidung jeden Verschuldens genügt sonach nicht, sondern es ist, wenn auch keine absolute Unabwendbarkeit verlangt wird, erforderlich, daß auch das Äußerste nach Lage des einzelnen Falles vernünftigerweise zu erwartende Maß von Umsicht und Sorgfalt nicht imstande gewesen wäre, die Einhaltung der Frist zu ermöglichen (Stein, Kommentar zur ZPO § 233 Bem. II). Ein unabwendbarer Zufall in diesem Sinne liegt hier nicht vor.

Auch in normalen Zeiten muß damit gerechnet werden, daß gewöhnliche Briefe zu Verlust gehen oder erst mit erheblicher Verzögerung dem Adressaten zugestellt werden, um so mehr in gegenwärtiger Zeit, wo erfahrungsgemäß Verstöße und Unregelmäßigkeiten im Postbetrieb häufiger vorkommen. Rechtsanwalt W. hat deshalb, indem er den Brief an Rechtsanwalt Dr. K., der den Auftrag zur Berufungseinlegung enthielt, als gewöhnlichen und nicht als eingeschriebenen Brief zur Post gab oder geben ließ, nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt. Wollte man aber auch die Übersendung des Auftrags mittels eingeschriebenen Briefs nicht verlangen, so war doch erforderlich, daß Rechtsanwalt W. bezüglich des Empfangs des Briefes durch Rechtsanwalt Dr. K. Kontrolle übte und, wenn er von letzterem keine Empfangsbestätigung erhielt, sich vor Ablauf der Berufungsfrist von dem Eintreffen seines Briefes bei Dr. K. vergewisserte. In dieser Hinsicht hat aber Rechtsanwalt W. nichts getan.

Bei Anwendung jener Sorgfalt und Umsicht wäre die Einhaltung der Frist möglich gewesen. . .

Urteil des Oberlandesgerichts München (2. Senat) vom 20. April 1918. A. w. S. L. 43/18. F—z.

210. Aussetzung des Verfahrens wegen Kriegsteilnehmerschaft der minderjährigen Prozeßpartei; offenbare Unbilligkeit der Aussetzung im Unterhaltsprozeß?

ZPO. § 247; Kriegsschutzgesetz v. 4. Aug. 1914 §§ 2 Nr. 3, 9.

Beide Parteien sind minderjährig und durch Vormünder vertreten. Der Beklagte selbst steht im Felde. Er wird mit der Klage als außerehelicher Erzeuger des Klägers von diesem auf Unterhaltsleistung belangt und hat die exceptio plurium erhoben. Über diese Einrede sind vor dem Amtsgericht Beweise erhoben worden. Nach der Beweiserhebung hat der Beklagte im Hinblick auf seine Kriegsteilnehmerschaft um Aussetzung des Verfahrens gebeten. Das Amtsgericht hat dem Antrag entsprochen, das Landgericht aber auf die Beschwerde des Klägers den amtsgerichtlichen Beschluß aufgehoben und die Aussetzung abgelehnt, und zwar mit der Begründung, nach § 9 des Ges. vom 4. August 1914 komme es nicht auf die Kriegsteilnehmerschaft einer, wie hier, prozeßunfähigen Partei, sondern ausschließlich auf die Kriegsverwendung des Vertreters an. Die gegen diesen Beschluß gerichtete, zulässige, weitere Beschwerde ist begründet.

Nach § 9 des Ges. genügt allerdings zur Unterbrechung oder Aussetzung eines Verfahrens schon die Kriegsteilnehmerschaft des gesetzlichen Vertreters einer nicht prozeßfähigen Partei. Davon aber, daß dieser besondere Fall der Verhinderung die einzige und ausschließliche Voraussetzung für die Aussetzung des eine nicht prozeßfähige Partei betreffenden Verfahrens bilde, ist weder in § 9 etwas gesagt noch in den übrigen Bestimmungen des Gesetzes etwas enthalten. Auch die Begründung des Gesetzes — vergl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch, Bd. I S. 9 und 14 — spricht nicht für eine solche Auslegung. Die abweichende Auffassung, die im Schrifttum hervorgetreten ist — vergl. Kriegsbuch, Bd. I S. 134 — kann als zutreffend nicht angesehen werden. Sie liegt schon an sich nicht gerade nahe und findet in der Vorschrift des § 3, Ziff. 2 Ges. einen erheblichen Gegengrund.

Ein wesentlicher Beweggrund für den Erlaß des Gesetzes liegt offenbar in der Absicht, den Kriegsteilnehmer tunlichst vor den Mühen und Sorgen eines Prozesses zu bewahren und ihn so der vollen Hingabe an seinen Beruf der Verteidigung des Vaterlandes zu erhalten. Diese Erwägung trifft die nicht prozeßfähige Partei, die erwachsen und reif genug ist, um Heeresdienst zu tun, so gut, wie die prozeßfähige.

Aber auch die andere Haupterwägung des Gesetzgebers, daß nämlich der Kriegsteilnehmer regelmäßig an der Sammlung und Weitergabe des Prozeßstoffes verhindert oder wenigstens darin beeinträchtigt sei, muß bis zu einem gewissen Grade auch dem nicht prozeßfähigen und daher gesetzlich vertretenen Kriegsteilnehmer zugutekommen. Denn vielfach ist er an Stelle des Vertreters oder neben diesem über die einschlägigen Verhältnisse unterrichtet und besser oder ebensowohl in der Lage, Erkundigungen einzuziehen und Auskunft zu geben. Seine Stellung ist insofern nicht gleich, aber ähnlich der einer prozeßfähigen Partei, die durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist.

Dieser Ähnlichkeit der zwei Fälle entspricht es auch offenbar, daß nach § 3 des Ges. in beiden Fällen zwar nicht eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, wohl aber dessen Aussetzung auf Antrag anzuordnen ist. Daß die Ziff. 2 des § 3 Halbsatz 2 die Fälle der gesetzlichen Vertretung einer nicht prozeßfähigen Partei nicht erfassen wolle, ist nicht erkennbar und insbesondere auch nicht aus der Fassung des § 9 zu entnehmen. Der § 9 erteilt die Rechtswohltat der Unterbrechung oder Aussetzung der durch einen gesetzlichen Vertreter vertretenen natürlichen Person freilich nur dann, wenn sie nicht prozeßfähig ist. Diese Einschränkung will aber doch ersichtlich nur so viel bedeuten, daß die Ausdehnung der bezeichneten Wohltat wieder wegfallen solle, wenn die Prozeßpartei prozeßfähig sei, nicht aber, daß der infolge Kriegsteilnehmerschaft der nicht prozeßfähigen Partei ihr gewährte Vorteil ihr durch die fehlende Kriegsteilnehmerschaft des gesetzlichen Verteters wieder entzogen sei.

Zu prüfen ist dann noch die Frage, ob die Aussetzung im vorliegenden Falle etwa eine offenbare Unbilligkeit enthalte und deshalb zu versagen sei. Es ist nicht zu verkennen, daß die Abschneidung der weiteren Verfolgung der den unehelichen Kindern gegen ihre Erzeuger zustehenden Ansprüche deshalb eine große Härte für die Kinder bedeutet, weil jene Ansprüche nicht selten, bei Armut der Mutter, das einzige Vermögensstück der Kinder in sich schließen, weil ihnen auf diese Weise die Kriegshilfe entgehen kann, weil die Armenhilfe einen nicht immer zureichenden Ersatz schafft, und weil deshalb und jedenfalls erfahrungsgemäß die von ihren Erzeugern nicht unterhaltenen Kinder oft weniger gut und sorgfältig gepflegt werden, was die statistisch erwiesene hohe Sterblichkeitsziffer der unehelichen Kinder vermehrt und dadurch auch wieder, namentlich in der jetzigen Zeit, die Gesamtheit des Volkes schädigt. Diese Erwägungen machen es den Gerichten bei derartigen Klagen zur Pflicht, die Frage der etwaigen Unbilligkeit einer Aussetzung mit besonderer Genauigkeit zu prüfen und den Versuchen gewissenloser Väter, sich ihren Unterhaltspflichten durch Deckung hinter dem Gesetz vom 4. August 1914 zu entziehen, mit Schärfe entgegenzutreten, dies um so mehr, als der

Krieg bereits Jahre lang dauert. Anderseits aber führt der Grundsatz der Interessenausgleichung doch wieder zu dem Hauptgedanken des Gesetzes, dem Schutz der Kriegsteilnehmer, zurück und erheischt die Beachtung der eingreifenden und lange andauernden Wirkung verurteilender Erkenntnisse dieser Art. Die Aussetzung wird oft namentlich dann nicht unbillig genannt werden dürfen, wenn es sich um die Führung des Beweises dafür, daß noch andere Männer der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt haben, handelt, und erst recht dann nicht, wenn der entsprechende Beweis erhoben ist, und zu gewissen Unstimmigkeiten geführt hat. In solchen Fällen wird die persönliche, ungehemmte Mitwirkung der Partei selbst am Gange des Rechtsstreites durch die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters häufig nicht ersetzt werden können. So liegt aber die Sache hier.

Beschluß des OLG. zu Kiel (1. ZS.) v. 25. Okt. 1917 P. w. S. (W. I. 62/17). Schlesw.-Holst. Anz. 1918 S. 67.

---

211. Beweislast bei behaupteter schuldhafter Verletzung der Fürsorgepflicht aus § 62 HGB.

Vgl. 63 Nr. 201 m. N.
ZPO. § 282; HGB. § 62.

Der Kläger, welcher als Handlungsgehilfe bei der Beklagten tätig war, erlitt im Rechnungsbureau ihrer Eisengießerei-Abteilung dadurch einen Unfall, daß ihm das Gegengewicht einer über seinem Arbeitstisch befindlichen Lampe, welche er zwecks Prüfung der Brennfähigkeit ihrer Birne herunterzog, auf den Kopf fiel. Er will eine Gehirnerschütterung und als deren Folge ein seine Erwerbsfähigkeit beeinträchtigendes Nervenleiden davongetragen haben. Für den ihm entstandenen Schaden macht er die Beklagte verantwortlich, weil sie nicht für sachgemäße Einrichtung und Befestigung der Lampe gesorgt, es auch unterlassen habe, sie von Zeit zu Zeit auf ihre Absturzsicherheit zu untersuchen. Seine auf Zahlung einer Monatsrente gerichtete Klage wurde vom Landgericht und vom Oberlandesgericht abgewiesen.

Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Oberlandesgericht faßt das Ergebnis der Beweisaufnahme dahin zusammen, daß die Leitungs- und die Tragschnur der elektrischen Hängelampe oder eine von ihnen entweder gerissen seien oder sich in einem ihrer Befestigungspunkte gelöst haben, daß aber die Ursache des Reißens oder Sichlösens nicht feststellbar sei, weil die Lampe von der Beklagten nicht vorgelegt werden könne und die näheren Umstände des Unfalles sich nicht mehr aufklären ließen. Es sei daher die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Kläger die Lampe gewaltsam heruntergerissen habe. Deshalb und weil anderseits die Beweisaufnahme keinen Anhalt dafür gegeben habe, daß hinsichtlich der Anordnug und Befestigung der Schnüre sowie überhaupt hinsichtlich der Anbringung der Lampe von der Beklagten etwas

versäumt worden sei, könne der dem Kläger obliegende Beweis, daß ein fahrlässiges Verhalten der Beklagten den Unfall verschuldet habe, nicht für geführt erachtet werden. Diese Erwägungen werden der Sachlage nicht gerecht und beruhen auf einer Verkennung der Beweislast.

Der Kläger ist bei der bestimmungsgemäßen Benutzung einer dem Geschäftsbetriebe der Beklagten] dienenden Lampe durch diese verletzt worden. Der Sachverständige S. hat erklärt, daß der Unfall bei sachgemäßem Herunterziehen der Lampe nicht hätte vorkommen können, wenn bei deren Einrichtung und Befestigung die Sicherheitsvorschriften des Verbandes Deutscher Elektrotechniker beobachtet worden wären. Damit hat der Kläger seiner Beweispflicht genügt und einen Tatbestand dargelegt, der nach den Erfahrungen des täglichen Lebens die Annahme rechtfertigt, daß das Herunterfallen des Gegengewichtes auf ein technisches Versehen der Installationsarbeiter der Beklagten (§ 278 BGB.) zurückzuführen sei. Sache der letzteren war es daher, die für den ursächlichen Zusammenhang zwischen einem solchen und dem Unfalle sprechende tatsächliche Vermutung zu widerlegen und darzutun, daß sie der ihr nach § 62 HGB. obliegenden Fürsorgepflicht in vollem Umfange genügt habe. Dieser Beweispflicht konnte sie mit dem bloßen Hinweise auf die Möglichkeit einer gewaltsamen Einwirkung auf die Lampe, d. h. mit dem Hinweise auf die Möglichkeit eines Verschuldens des Klägers sich um so weniger entziehen, als nach den Ausführungen sowohl des Sachverständigen als auch des Oberlandesgerichts Anhaltspunkte für das Vorliegen eines solchen sich nicht haben finden lassen. Es ist daher rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht verlangt, der Kläger müsse, um obzusiegen, für eine schuldhafte Vertragverletzung der Beklagten noch mehr erbringen, als er bisher bewiesen habe. Wieweit dieser unzutreffende Gesichtspunkt die Würdigung der Beweisaufnahme und die Entscheidung beeinflußt hat, läßt sich nicht übersehen. Denn da der Monteur S. nicht mit Bestimmtheit anzugeben vermag, ob die Leitungsschnur der in Betracht kommenden Lampe vom Zuge völlig befreit und ob bei Anbringung der letzteren auch die sonstigen Vorschriften des Verbandes Deutscher Elektrotechniker genau befolgt worden seien, so läßt sich nicht mit Sicherheit sagen, zu welchem Ergebnis das Berufungsgericht bei richtiger Verteilung der Beweislast gelangt wäre. Aus diesem Grunde mußte die Aufhebung des angefochtenen Urteils erfolgen.

Der Kläger hat aber auch noch weiter behauptet, daß es Pflicht der Beklagten gewesen wäre, mindestens einmal im Jahre die Lampe auf eine etwaige Absturzgefahr hin zu untersuchen. Das Oberlandesgericht hat eine Beweisaufnahme hierüber abgelehnt, weil auch bei Annahme einer Fahrlässigkeit der Beklagten in dieser Hinsicht nicht festzustellen sei, daß die Lampe vor dem Herunterziehen einen für den Unfall ursächlichen Mangel gehabt habe, und daß eine Nachprüfung zu dessen recht-

zeitiger Entdeckung geführt hätte. Auch das ist rechtsirrig. Hat die Beklagte nach der angegebenen Richtung hin die im Verkehr gebotene Sorgfalt außer acht gelassen, so muß sie sich entlasten und nachweisen, daß auch bei deren Anwendung der Unfall nicht verhütet worden wäre."

Urteil des Reichsgerichts (3. Senat) v. 12. April 1918. H. w. H. (OLG. Hamm). III. 19/18.

---

212. Anspruch des Sicherheit leistenden Gläubigers auf Ersatz des durch die Hinterlegung entstehenden Zinsverlustes*; mitwirkendes Verschulden bei Hinterlegung in bar statt in Wertpapieren.

*Vgl. 66 Nr. 128.

ZPO. §§ 710. 713; BGB. §§ 254. 284. 285. 286.

Der Beklagte war zur Zahlung einer Summe an die Klägerin verurteilt und das Urteil gegen Hinterlegung einer Sicherheit von 30000 M für vorläufig vollstreckbar erklärt worden. Er legte Berufung ein und erklärte, vor Rechtskraft des Urteils nur zahlen zu wollen, wenn die Klägerin die angeordnete Sicherheit leiste. Die Klägerin, eine Bankfirma, hinterlegte am 29. Okt. 1915 in bar 30000 M, die sie am 28. April 1916 mit 250 M Hinterlegungszinsen (2 v. H. auf 5 Monate) zurückerhielt, nachdem der Beklagte die Berufung zurückgenommen hatte. Sie behauptete, mit dem hinterlegten Gelde habe sie in ihrem Handelsgewerbe 6 v. H. Zinsen erzielen können, und klagte auf Ersatz des Zinsausfalls von 650 M. Der Beklagte wurde zur Zahlung der halben Klagesumme verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„In der Erklärung des Beklagten, daß er vor Rechtskraft des Urteils nur dann zahle, wenn die Klägerin die verlangte Sicherheit leiste, liegt nicht zugleich ein Versprechen, ihr für allen Schaden aufzukommen, der ihr durch die Hinterlegung entstehe. Dagegen ist der Beklagte unter dem Gesichtspunkte des Verzugs an sich verpflichtet, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Hinterlegung erwachsen ist.

Nach § 284 BGB. kommt der Schuldner durch die Erhebung der Klage ohne weiteres in Verzug und nach § 286 hat er dem Gläubiger den Verzugschaden zu ersetzen. Nur dann kommt er nach § 285 nicht in Verzug, wenn die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Geht man davon aus, daß die Sache und Rechtslage im Vorprozeß verwickelt war, und daß der Beklagte deshalb, bis er von seiner Verurteilung Kenntnis erhielt, im Zweifel über seine Zahlungspflicht sein konnte, so unterließ er doch die Befriedigung der Klägerin über den Zeitpunkt seiner Verurteilung hinaus, obwohl er nunmehr die Gründe kannte, die ihn zur Zahlung verpflichteten. Fortan also unterblieb die Zahlung nicht mehr infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hatte. Dafür, daß dies dennoch der Fall gewesen sei, war der Beklagte behauptungs- und

beweispflichtig. Er hat aber weder gegen die Feststellungen des Landgerichts, noch gegen dessen Gründe irgend etwas vorgebracht, was in ihm hätte Zweifel erregen können, daß er zu Recht zur Zahlung verurteilt worden sei. Der Fall des § 285 BGB. liegt also sicher seit dem Erlaß des Urteils im Vorprozeß nicht mehr vor. Der Schaden der Klägerin ist auch mit durch den Verzug des Beklagten verursacht. Die Vollstreckung des Urteils und die Hinterlegung, die der Klägerin erst die Vollstreckung ermöglichte, war für sie ein prozessuales Recht ihrem Schuldner gegenüber. Wenn sie von diesem Rechte Gebrauch machte, so waren die dadurch entstandenen Kosten und die sonstigen Einbußen, die sie dadurch erlitt, eine ursächliche Folge des Verzugs des Beklagten und beruhten nicht auf einem freien, diesen Zusammenhang unterbrechenden Entschlusse der Klägerin.

Gleichwohl kann diese ihren Schaden nicht im vollen Umfang ersetzt verlangen, weil bei der Entstehung des Schadens ihr eigenes Verschulden mitgewirkt hat. Mit Recht weist der Beklagte darauf hin, daß zum mindesten ein wesentlich geringerer Schaden für die Klägerin entstanden wäre, wenn sie nicht bares Geld, sondern Wertpapiere hinterlegt hätte, was ihr nach § 232 BGB. freistand. Daß ihr als einer Bankfirma genügend Wertpapiere für die Hinterlegung zur Verfügung standen, ist mit Sicherheit anzunehmen, um so mehr, als sie das Gegenteil garnicht behauptet hat. Daß sie deshalb kein Verschulden treffe, weil sie nicht gewußt habe, daß die Verzinsung hinterlegten Geldes im Großherzogtum Sachsen-Weimar so gering sei, ist nicht anzuerkennen. Auch in Preußen ist die Verzinsung hinterlegten Geldes im wesentlichen die gleiche, und es war für die Klägerin ein leichtes, durch Nachfrage bei ihrem Prozeßbevollmächtigten das Erforderliche zu erfahren. Da eine so hohe Summe in Frage stand, mußte sie sich danach erkundigen. . . .

Der entstandene Schaden ist demnach von beiden Teilen je zur Hälfte zu vertreten."

Urteil des OLG. zu Jena (1. Senat) v. 28. Febr. 1917. 1. U. 107/16. Bl. f. Rechtspfl. i. Thür. 64, 202.

---

213. Zur Frage der Aufhebung einer einstw. Verfügung wegen veränderter Umstände oder gegen Sicherheitsleistung.

Vgl. 59 Nr. 78, 182, 246.
ZPO. §§ 927. 936. 939.

Die Klägerin erhob eine Schadenersatzklage wegen eines durch den vom Beklagten W. geführten Kraftwagen des Mitbeklagten H. erlittenen Unfalls und erwirkte in erster Instanz eine einstw. Verfügung, nach der die beiden Beklagten bis zur Erledigung des Rechtsstreits an die Klägerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von 120 *M* zu bezahlen hatten. Die Berufung der Beklagten hiergegen wurde zurückgewiesen. Nachdem

die Hauptsache in die Berufungsinstanz gelangt war, beantragten die Beklagten die Aufhebung der einstw. Verfügung, indem sie geltend machten, die einstweilige Verfügung stütze sich vornehmlich auf das in der Hauptsache ergangene landgerichtliche Urteil, das von dem Standpunkt ausgehe, die Beweisaufnahme habe die Schuldlosigkeit des Mitbeklagten W. am Unfall nicht voll erbracht; durch das nun vorliegende Gutachten des Sachverständigen X. sei aber klar erwiesen, daß den W. nicht nur kein Verschulden treffe, sondern daß sein Verhalten völlig richtig und zweckentsprechend gewesen und der Unfall der Klägerin daher als ein unabwendbares Ereignis aufzufassen sei; es lägen demnach „veränderte Umstände" im Sinne des § 927 ZPO. vor, überdies aber erböten sich die Beklagten zur Sicherheitsleistung. Das Oberlandesgericht wies den Antrag zurück. Aus den Gründen:

„Der § 927 ZPO., der zunächst für Arreste gilt, ermöglicht auch nach der Bestätigung des Arrestes dessen Wiederaufhebung, wenn entweder „veränderte Umstände" vorliegen oder wenn sich die Gegenpartei zu entsprechender Sicherheitsleistung erbietet. Der erste Fall gilt im Hinblick auf die Vorschrift in § 936 ZPO. auch für einstweilige Verfügungen, der zweite Fall wird bei diesen durch die Sondervorschrift des § 939 ZPO. ersetzt. „Veränderte Umstände" liegen nach Ansicht des Berufungsgerichts zurzeit nicht vor. Es muß sich um Umstände handeln, die erst nachträglich hervorgetreten oder zur Kenntnis gelangt sind. Das Gutachten eines Sachverständigen für sich betrachtet kann aber begrifflich keine „veränderten Umstände" ausmachen; das Gutachten schafft an sich keinen neuen „Umstand", es verwertet, verarbeitet und würdigt nur bereits bekannte Tatumstände und gibt eine besondere Beurteilung der an sich gleichgebliebenen Rechts- und Sachlage. Eine solche Beurteilung der identischen Rechts- und Sachlage, selbst wenn sie im Verhältnis zu bisher gewonnenen Auffassungen zum Teil ändernd wirkt, wie das hier vorliegende Gutachten, kann daher keinen „veränderten Umstand" im Sinne obiger Vorschrift abgeben. (Gaupp-Stein Bem. II zu § 927 ZPO.; JW. 1891, 10[25]).

Auch das Erbieten zur Sicherheitsleistung kann im vorliegenden Fall eine Aufhebung der einstweiligen Verfügung nicht bedingen. Nach § 939 ZPO. soll nur „unter besonderen Umständen" die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung gestattet werden. Es müssen hier die besonderen Umstände derartige sein, daß der Zweck der einstweiligen Verfügung auch durch eine Sicherheitsleistung erreicht werden kann (JW. 1905, 155[43]). Dies ist hier nicht möglich; denn die einstw. Verfügung bezweckt, der Klägerin eine Unterhaltsrente während der Dauer des Rechtsstreits zu beschaffen; dieser Zweck könnte aber durch eine Sicherheitsleistung unmöglich erfüllt werden, was keiner weiteren Ausführung bedarf."

Urteil des Oberlandesgerichts München (2. Senat) v. 20. Juni 1918. W. w. H. und W. L 283/1918. F—z.

I. Bürgerliches Recht.

214. Die Verpflichtung eines Gutspächters, die Gutserzeugnisse unter dem Marktpreis an den Gläubiger bis zur Tilgung dessen Forderung zu verkaufen und alle Futtermittel für das Gut bei dem Gläubiger zum Marktpreise zu kaufen, verstößt gegen die guten Sitten.

Vgl. 72 Nr. 92 m. N.
BGB. § 138.

Laut des im März 1914 zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags verpflichteten sich die Beklagten, die Pächter auf dem Gute Z. waren, dem Kläger fortdauernd die Gutserzeugnisse (Roggen, Weizen, Gerste, Hafer, Erbsen und Kartoffeln) zu liefern, und zwar die Kartoffeln 5 ₰, die übrigen Erzeugnisse 10 ₰ unter dem höchsten Posener Marktpreise, sowie vom Kläger sämtliche für das Gut erforderliche Futtermittel zu dem am Lieferungstage maßgebenden Posener Marktpreise zu beziehen. Die Beklagten verpflichteten sich ferner, im Fall der Verletzung des Vertrags zur Zahlung erheblicher Vertragstrafen. Der Vertrag sollte so lange in Gültigkeit bleiben als die Schuld der Beklagten an den Kläger, die zur Zeit des Vertragschlusses etwa 30000 ℳ betrug, nicht getilgt sei. Mit der Klage beansprucht der Kläger wegen Verletzung des Vertrags in der Zeit bis 1916 eine Vertragstrafe von 4200 ℳ. Die Klage wurde in allen Rechtszügen abgewiesen.

Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Annahme des Ber.-Gerichts, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag wegen übermäßiger Beschränkung der Beklagten in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und wegen erheblicher Ausnutzung der wirtschaftlich schwachen Lage der Beklagten zum Vorteil des Klägers gegen die guten Sitten verstoße (§ 138 Abs. 1 BGB.), läßt keinerlei Rechtsirrtum erkennen. Durch die Übernahme der Verpflichtungen zur Lieferung der wesentlichen Gutserzeugnisse an den Kläger und zur Abnahme sämtlicher für das Gut erforderlichen Futtermittel vom Kläger sind die Beklagten nicht nur der Vorteile des Wettbewerbs beraubt, sondern auch in weitgehende Abhängigkeit vom Kläger gebracht worden; diese war für die Beklagte im Hinblick auf die unter den Stand der Posener Marktpreise festgestellten Verkaufspreise und die Lieferungszeiten besonders ungünstig, wie sich aus den tatsächlichen Darlegungen des Ber.-Gerichts ergibt. Die Abhängigkeit war für die Beklagten lästiger und drückender als eine Beendigung des Vertrags für lange Zeit ausgeschlossen war. Nach § 8 sollte der Vertrag so lange Gültigkeit haben, bis die bei Vertrag-

schluß in Höhe von 30000 ℳ bestehende Schuld der Beklagten getilgt sei. Eine solche Tilgung war jedoch nach den Umständen, wie sie beim Abschlusse des Vertrags bestanden, insbesondere wegen der schon damals ungünstigen wirtschaftlichen Lage der Beklagten garnicht in Aussicht zu nehmen. Die Schuld der Beklagten an ihre sonstigen Gläubiger belief sich gleichfalls auf etwa 30000 ℳ. Beabsichtigt war, daß der Kläger diese Forderungen nach und nach aufkaufen werde, was er auch getan hat; die Revision erklärt selbst, daß der Kläger jetzt der einzige Gläubiger sei. Nach den Rechnungsauszügen hat sich die Schuld bis Dezember 1914 auf 44000 ℳ erhöht. So mußten die Beklagten vollständig in die Hand des Klägers kommen und es lag nahe, daß sie sich bei Streitigkeiten über die Güte der Lieferungsware seinem Willen fügen mußten, um ein zwangsweises Vorgehen des Klägers zu vermeiden. Diesen überaus drückenden, nachteiligen Bestimmungen standen irgendwie ausgleichende, die Interessen der Beklagten wahrende Vorschriften oder Handlungen des Klägers nicht gegenüber. Nach dieser Richtung kommt nicht, wie die Revision meint, in Betracht, daß die Beklagten der Sorge für den Verkauf ihrer Erzeugnisse und für die Beschaffung der Futtermittel enthoben gewesen seien und daß sie in Ruhe ihre Schulden an den Kläger hätten abtragen können. Der Kläger hat im Vertrage keine Verpflichtung zur Stundung seiner Forderungen oder zur Gewährung von Vorschüssen und Darlehen eingegangen; er behielt nach der ausdrücklichen Feststellung des Ber.-Gerichts freie Hand für den Entschluß, ob und wann er sich von den Beklagten zurückziehen wolle. Von seinen Rechten hat er nichts aufgegeben; er blieb den übrigen Gläubigern vollständig gleichgestellt. Auch der Umstand, daß der Kläger sich seinerseits zur Abnahme der Gutserzeugnisse verpflichtete, fällt nicht ins Gewicht, weil diese Abnahme erheblich unter dem Posener Marktpreis zu erfolgen hatte. — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 28. Mai 1918. K. w. G. (OLG. Posen). III. 48/18.

---

215. Bedeutung der Klausel: Umrechnungskurs 100 ℳ = 125 Fr.

BGB. § 157. 244.

Die Klägerin, eine schweizerische Firma, forderte von dem Beklagten die Bezahlung des Kaufpreises der käuflich gelieferten Waren in schweizerischen Franken. Der Beklagte wendete u. a. ein, daß er nur zur Zahlung von Mark nach einem Umrechnungskurse von 125 Fr. = 100 ℳ verurteilt werden könnte, weil die Rechnungen der Klägerin einen dahingehenden Ausdruck erhalten hätten.

Seine Verteidigung war jedoch in beiden Instanzen erfolglos. Aus den Gründen des Ber.-Gerichts:

„— — Fehl geht die Ansicht des Beklagten, der Umrechnungskurs von 100 ℳ = 125 Fr. habe auch für die Zahlung in Frankenscheck zu gelten. Nach den von den Beklagten selbst überreichten Rechnungen waren

die einzelnen Beträge zunächst in Markwährung berechnet. Die Umrechnung dieser Rechnungsbeträge sollte, wie auf den Rechnungen vermerkt, zum Kurse von 125 Fr. erfolgen, wie auch auf den einzelnen Rechnungen geschehen ist. Aber dieser Umrechnungskurs hat mit der Zahlung nichts zu tun. Diese sollte nach dem klaren Wortlaut des Briefes vom 27. März 1915 durch Frankenscheck auf Schweizer Bankplatz erfolgen. Der Beklagte mußte also so viel Mark aufwenden, um die nach dem Verrechnungskurs von 100:125 in Franken ausgedrückten Rechnungsbeträge in Frankenwährung begleichen zu können. Das war bei dem Tiefstand der deutschen Valuta im neutralen Ausland auch durchaus billig. Denn wenn bei einem Tageskurs von 152,50 % die deutsche Mark in der Schweiz nur etwa 65 ₰ galt, so würde die Klägerin, hätte sie Zahlung in Markwährung erhalten, ungefähr den dritten Teil ihrer Forderung eingebüßt haben."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 26. April 1918 i. S. St. & T. w. P. 7. O. 41/18. F—ch.

---

216. Die Zahlung einer in ausländischer Währung ausgedrückten Geldschuld hat bei Verzug des Schuldners, wenn sie in inländischer Währung erfolgt, nach dem Kurswert am Zahlungstage zu geschehen.

BGB. §§ 244. 286.

Die Klägerin klagte als Nachlaßgläubigerin der Aktiebolaget Svensk Expreß in Göteborg (A. S. E.) auf Zahlung des aus der Klagerechnung sich ergebenden Schuldüberschusses. Die Parteien stritten darüber, ob eine am 15. Juni 1916 von der Beklagten der A. S. E. gemachte Zahlung von 1117,50 ℳ zu dem Kurse vom 15. Juni 1916 auf die auf schwedische Kronen lautende Schuld zu verrechnen ist oder zu dem Kurse vom 20. Mai 1915, an welchem Tage die Schuld spätestens fällig war. Der Kurs am 15. Juni 1916 war 100 Kr. = 161,75 ℳ, der Kurs am 20. Mai 1915 100 Kr. = 127 ℳ. Bei Zugrundelegung jenes Kurses wären 1117,50 ℳ = 690,90 Kr., bei Zugrundelegung dieses Kurses = 879,92 Kr. Das LG. verurteilte mit der Meinung, daß Beklagte mit den 1117,50 ℳ die Schuld nur in Höhe von 690,90 Kr. getilgt habe, die Beklagte zur Zahlung von 189,02 Kr. nebst Zinsen. Die Berufung war erfolglos. Aus den Gründen:

„Es kann auf sich beruhen, ob das LG. darin recht hat, daß als ‚Zeit der Zahlung' im Sinne des § 244 Abs. 2 BGB. an sich die Zeit des Eintritts der Fälligkeit und nicht allgemein die Zeit der tatsächlichen Zahlung, mag sie bei oder nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen, zu gelten hat. Jedenfalls ist dem LG. darin zuzustimmen, daß, weil die Beklagte bei Fälligkeit in Verzug geraten ist, sie nicht mehr das Recht hat, zu dem bei Eintritt der Fälligkeit geltenden Kurse die Umrechnung vorzunehmen, sondern die Zeit der tatsächlichen Zahlung zugrunde legen muß. Allerdings bleibt die eigentliche, auf schwedische Kronen lautende Schuld der Beklagten, abgesehen vielleicht von Zinsen, auch

nach dem Eintritt des Verzuges dem Namen nach dieselbe. Aber die Kronen waren seitdem im Verhältnis zur deutschen Währung viel wertvoller geworden; wollte Beklagte nicht in Kronen zahlen, sondern von der ihr nach § 244 Abs. 2 zustehenden facultas alternative Gebrauch machen, so mußte sie die inzwischen erfolgte Wertsteigerung ihres eigentlichen Schuldgegenstandes auf sich nehmen, da sie die A. S. E. wirtschaftlich in diejenige Lage versetzen mußte, in der sie bei rechtzeitiger Zahlung gewesen wäre. Wäre rechtzeitig bezahlt, so hätte sich die A. S. E. mit einer geringeren Summe deutschen Geldes die in Frage kommenden 690,90 Kr. anschaffen können; später mußte sie erheblich mehr dafür geben. Ihre unstreitig schon im Mai 1915, also zurzeit der Fälligkeit ihrer Schuld ausgesprochene Zahlungsweigerung hat die Beklagte nicht zu rechtfertigen vermocht. (Wird ausgeführt). — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 8. Juni 1918. C. L. w. Schn.. & Co. Bf. VI. 14/18. Nö.

---

217. Keine Berechtigung zur Zurückweisung der Leistung wegen Fehlens eines verhältnismäßig geringfügigen Teils*; die Setzung einer Nachfrist verpflichtet den Gläubiger nicht zur Annahme einer Teilleistung.

*Vgl. 18 Nr. 231; oben Nr. 130.
BGB. 266. 320. 326.

Die Klägerin verkaufte der Beklagten 7000 kg Spinnpapiergarnabfälle, Abladung im Mai 1917. Am 9. Juni 1917 mahnte die Beklagte auf Lieferung unter Setzung einer Nachfrist bis zum 13. Juni 1917. Am 15. Juni 1917 ließ die Klägerin 50 Ballen zu 5721,5 kg an den von der Beklagten bezeichneten Spediteur abgehen. Die Annahme der Ware wurde verweigert. Die Klägerin verlangte den Kaufpreis wurde aber mit der Klage abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das LG. hat die Klage abgewiesen, weil die von der Klägerin bewirkte Sendung nur eine Teilleistung gewesen sei, zu deren Annahme die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei. Diese Entscheidung entspricht der Bestimmung des § 266 BGB.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe die Teilsendung, weil sie den größten Teil der ganzen Vertragsleistung umfaßt habe, nicht zurückweisen dürfen, wenn nicht ganz besondere Umstände vorlagen. Allerdings unterliegt auch die Vorschrift des § 266 BGB. der allgemeinen Beachtung dessen, was nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu gelten hat (§ 157 BGB.). Dieser Grundsatz hat für den Fall, daß aus teilweiser Nichtbewirkung einer Leistung Rechte hergeleitet werden sollen, in § 320 BGB. zu der ausdrücklichen Vorschrift geführt, daß bei gegenseitigen Verträgen bei teilweiser Nichtleistung das nach diesem Paragraphen an sich gegebene Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden kann, wenn dies nach den Umständen, besonders wegen

verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Diese Bestimmung ist, weil sie ein Ausfluß eines allgemeinen Satzes ist, auch auf andere Fälle für anwendbar erklärt worden, so insbesondere im Falle des § 273 BGB. (RG.-Entsch. 61. 133). Gleiche Erwägungen treffen auch für § 266 BGB. zu (Staudinger (7/8) Anm. 4a zu § 266 BGB.). Von einer verhältnismäßigen Geringfügigkeit des rückständigen Teiles kann aber im vorliegenden Falle nicht die Rede sein, wo die Klägerin statt der geschuldeten 7000 kg nur 5721,5 kg angeboten hat, so daß fast ein Fünftel der zu bewirkenden Leistung fehlte. Das hat um so mehr zu gelten, als die Klägerin irgendwelchen Grund, warum sie nicht die vollständige Leistung bewirkt hat, garnicht angegeben hat.

Die weitere Behauptung, daß die Beklagte sich selbst garnicht auf § 266 BGB., sondern auf § 326 BGB. zur Begründung der Nichtannahme der Sendung berufen habe, ist schon vom LG. als unzutreffend dargelegt worden. Einen Grund für die Zurückweisung brauchte die Beklagte überhaupt nicht anzugeben. Hat sie einen solchen aber angegeben, so hindert sie nichts daran, im Rechtsstreit einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt geltend zu machen. Anders könnte es höchstens dann sein, wenn die bei der Zurückweisung gemachte Angabe von Einfluß auf das Verhalten der Klägerin gewesen wäre, sie z. B. von der Absendung oder Anbietung des Restes abgehalten hätte. Das behauptet die Klägerin aber selbst nicht.

In letzter Linie will die Klägerin die Anwendbarkeit des § 266 BGB. überhaupt ausschalten, weil § 326 BGB. anzuwenden sei. Das kann nur so verstanden werden, daß die Klägerin meint, wenn eine Nachfrist nach § 326 BGB. gesetzt sei, finde § 266 BGB. überhaupt keine Anwendung, müsse also der Käufer auf jeden Fall Teilleistungen annehmen. Diese Ansicht geht fehl. Sie könnte sich nur auf die Bestimmung in Satz 3 des Abs. 1 von § 326 stützen: „Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung". Allein dieser Satz sagt garnichts darüber, ob der Säumige ein Recht hat, Teilleistungen zu machen, und läßt nicht im geringsten erkennen, daß hier eine Ausnahme von § 266 BGB. festgestellt werden soll. Es ist das auch nicht anzunehmen. Denn damit würde der Säumige, der vorher ein Recht auf Teilleistung nicht hatte, infolge seines Verzugs und der Fristsetzung ein solches erlangen. Das kann aber das Gesetz nicht meinen. Der Satz ist vielmehr so zu verstehen, daß er nur gilt, wenn der Säumige entweder infolge eines schon vorher begründeten Rechtes Teilleistung innerhalb der Nachfrist bewirkt, oder wenn eine von ihm ohne solches Recht gemachte Teilleistung vom anderen Teile nicht zurückgewiesen, sondern angenommen wird."

Urteil des OLG. zu Dresden (8. Sen.) v. 16. April 1918 i. S. K. & D. w. M. & Co. 8 O. 6/18. F—ch.



218. Unmöglichkeit der Leistung bei beschränkter Gattungsschuld; Eintritt des Verzugs ohne Mahnung*; Schadenersatzpflicht des in Verzug befindlichen Schuldners trotz nachträglich eingetretener Unmöglichkeit**.

*Vgl. 1 Nr. 44; **vgl. oben Nr. 176.
BGB. §§ 279, 243; BGB. §§ 284; BGB. §§ 287, 326.

Die Beklagte verkaufte der Klägerin aus Dänemark einzuführendes Abdeckereifett transito ab Lager Hamburg-Altona, lieferbar für die Monate Juli bis Dezember 1915, und zwar pro Monat ca. 50 bis 60 Faß, je nachdem, was die betreffende Abdeckerei im Monat liefert. Falls im Laufe der Zeit ein Ausfuhrverbot für dieses Fett seitens der dänischen Regierung erklärt werden würde, sollte dieses den Vertrag ungültig machen. Die Beklagte lieferte nur die Julirate. Nachdem die Klägerin am 8. Nov. 1915 für die Lieferung der Augustrate fruchtlos eine Nachfrist bis zum 13. desselben Monats bestimmt hatte, klagte sie bezüglich dieser Rate auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Die Beklagte machte geltend, daß die Ausfuhr der Augustrate vergeblich versucht worden sei, der Eisenbahnwagen, der die am 23. Sept. in Kopenhagen verladene Ware enthalten habe, sei auf der dänischen Grenzstation Vamdrup angehalten und nach Kopenhagen zurückgeleitet worden. Die Beklagte hatte die Ware, die sie auf Grund des Abschlusses liefern wollte, von der Ein- und Verkaufszentrale der Fleischindustrie in Hamburg gekauft. Das LG. erklärte den Klaganspruch für dem Grunde nach gerechtfertigt. Das OLG. wies die Klage ab. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht geht davon aus, daß die Klage schon dann hinfällig sei, wenn die Beklagte dartun könne, daß die Einfuhr der die streitige Teillieferung enthaltenden, im September 1915 abgegangenen Bahnsendung nach Deutschland ohne ihr Verschulden vereitelt worden sei. Zu dieser Auffassung gelangt es, indem es erwägt, daß unstreitig nicht etwa allgemein Abdeckereifett dänischer Herkunft verkauft sei, daß die Beklagte sich vielmehr verpflichtet habe, Fett zu liefern, das der städtischen Abdeckerei in Kopenhagen entstamme. Allein hieraus ist noch nicht zu folgern, daß die schuldlos eingetretene Vereitelung der Ausfuhr des einen Wagens die Befreiung der Beklagten bewirkt hat. Ein solcher Schluß wäre nur zulässig, wenn die Leistungspflicht nicht nur auf das Erzeugnis der bestimmten Abdeckerei, sondern außerdem auch auf den einen, Ware dieses Ursprungs enthaltenden Wagen beschränkt gewesen wäre. Daß dies aber zutrifft, ist dem festgestellten Sachverhalte nicht zu entnehmen. Die bei dem einen Wagen eingetretene Unmöglichkeit der Ausfuhr deckte sich nicht ohne weiteres mit der Unmöglichkeit, überhaupt Fett der Kopenhagener Abdeckerei über die Grenze zu bringen. Auch läßt der Sachverhalt nicht erkennen, daß etwa nach § 243 Abs. 2 BGB. eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf den einen Wagen eingetreten ist. Vielmehr handelt es sich bei dem angehaltenen Wagen um eine Sendung, die den Vollzug des streitigen Vertrags überhaupt nicht unmittelbar berührte. Denn der Transport sollte nur dazu



dienen, die Erfüllung der Beklagten vorzubereiten; als Empfänger der Sendung war nicht etwa die Klägerin, die ab inländischem Lager der Beklagten gekauft hat, angegeben, auch nicht einmal die Beklagte selbst, die ihrerseits die Ware nicht unmittelbar von der Abdeckerei sondern von der Fleischzentrale als ihrer Verkäuferin erhalten sollte. Daher kann es auch nicht entscheidend auf die Ausführungen ankommen, worin das OLG. in näherer Darlegung verneint, daß der Beklagten mit Bezug auf den einen angehaltenen Wagen ein Verschulden, das für die Unmöglichkeit der Ausfuhr ursächlich gewesen wäre, zur Last falle. Das Urteil wird aber, soweit es sich um die hier allein in Rede stehende Unmöglichkeit der Leistung handelt, getragen durch die aus Anlaß der Erörterung der Frage des Verschuldens getroffene weitere tatsächliche Feststellung, daß der Beklagten und ihren Vorgängern auch die Ausfuhr weiterer Teillieferungen nicht mehr gestattet worden sei, und daß die Beklagte deshalb allgemein (und nicht nur in bezug auf jenen einzelnen Wagen) an der Lieferung dänischen Abdeckereifettes gehindert gewesen sei.

Im übrigen ist bei der Beurteilung der Sache zu berücksichtigen, daß die Klägerin einen Anspruch aus § 326 BGB. geltendmacht, daß also die Entscheidung zunächst davon abhängt, ob die Beklagte sich zu der Zeit, als die Klägerin mit der Nachfristbestimmung vorgegangen ist, in Verzug befunden hat und ob, wenn dies der Fall ist, die Verhältnisse so lagen, daß die Beklagte sich auf die Unmöglichkeit der Erfüllung berufen kann.

Werden diese Fragen, auf die das OLG. nicht eingegangen ist, auf Grund des bis jetzt festgestellten Sachverhalts geprüft, so ergibt sich zunächst, daß die Beklagte in Verzug geraten war, und zwar schon zu der Zeit, als der die Augustrate enthaltende, am 23. Sept. 1915 in Kopenhagen bahnamtlich abgefertigte Wagen an der Grenze angehalten wurde. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß eine kalendermäßig bestimmte Leistungszeit im Sinne von § 284 Abs. 2 BGB. vorliegt. Da in dem Vertrage für die einzelnen Kalendermonate die Lieferung einer gewissen Menge vorgesehen war, lief für die einzelnen Raten die Leistungszeit jeweils mit dem Ende des Monats ab. Hinsichtlich der hier streitigen Rate trat deshalb der Verzug auch ohne Mahnung mit dem Ende des Monats August ein. Nach § 287 BGB. ist aber der Schuldner für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich. Zur Abweisung der Klage genügt es daher bei der derzeitigen Sachlage nicht, daß nach dem 23. Sept. die Ausfuhr nicht mehr stattfinden konnte. Vielmehr wäre erforderlich, daß die befreiende Unmöglichkeit schon vor dem für den Beginn des Verzugs maßgebenden Zeitpunkte (Ende August) eingetreten ist. Dafür, daß letzteres der Fall war, bietet der bis jetzt festgestellte Sachverhalt keinen Anhalt."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 12. April 1918. W. w. L. u. S. (OLG. Hamburg) II. 435/17.



219. Ersatzanspruch aus § 281 BGB. bei beschränkter Gattungsschuld.

Vgl. 72 Nr. 94; oben Nr. 153.

BGB. § 281.

Durch Schlußschein vom 12. Juli 1914 verkaufte die Beklagte an die Klägerin je 8 bis 10000 Zentner reelle, nicht entzuckerte Melasse aus den Kampagnen 1914/15 und 1915/16 zum Preise von 2,50 ℳ für den Zentner unter Angabe einer den Zuckergehalt bestimmenden Basis. Die Lieferung der Melasse aus der Kampagne 1915/16 unterblieb, da die Beklagte auf die Bundesratsverordnungen vom 12. Febr. und vom 25. Sept. 1915 (RGBl. S. 78. 614) die gesamte Melasse dieser Kampagne an die Bezugsvereinigung der deutschen Landwirte überlassen mußte. Die Beklagte erzielte dabei einen höheren Preis als den, zu dem sie der Klägerin zu liefern gehabt hätte.

Die Klägerin verlangt jetzt von der Beklagten Herauszahlung dieses auf 10000 ℳ angegebenen Mehrerlöses. LG. und OLG. wiesen die Klage ab. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg. Gründe:

„Der Klaganspruch stützt sich auf § 281 BGB.: erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz, so kann der Gläubiger nach dieser Vorschrift Herausgabe des als Ersatz Empfangenen verlangen.

Das Ber.-Gericht beurteilt das abgeschlossene Geschäft nach dem in dem Schlußscheine festgelegten Willen der Parteien als eine beschränkte Gattungsschuld und weist die Klage ab, weil, wie bei Gattungsschulden überhaupt (RGEntsch. 88. 287), auch bei diesen sog. beschränkten Gattungsschulden der § 281 BGB. nicht anwendbar sei (JW. 1917, 463). Dieser Entscheidungsgrund wird von der Revision mit Recht angegriffen.

„Allerdings wird bei gewöhnlichen Gattungsschulden die Anwendbarkeit des § 281 BGB. grundsätzlich abzulehnen sein, wenn nicht der geschuldete Gegenstand, für den Ersatz verlangt wird, nach § 243 Abs. 2 BGB. individualisiert in die Erscheinung getreten ist (Urteil vom 30. Okt. 1916, II. 263/16 in RGEntsch. 88, 287). Ob diese grundsätzliche Auffassung auch bei beschränkten Gattungsschulden, bei denen der Leistungsgegenstand aus einer bestimmten größeren Menge, einem übersehbaren Vorrat entnommen werden soll (vgl. RGEntsch. 57, 138), zu gelten hat, kann hier auf sich beruhen bleiben. Wenigstens im gegebenen Fall kann nicht entscheidend sein, ob schon *vor* Eintritt des Umstandes, der der Beklagten die Melasseerzeugung von 1915/16 entzogen hat, die der Klägerin aus diesem Bestande zu leistenden 8 bis 10000 Zentner nach § 243 Abs. 2 BGB. individualisiert waren. Denn hier, wo der Beklagten der *ganze* Bestand dieser Erzeugung gegen Entschädigung entzogen worden ist, hat sie *zugleich* auch für den *geschuldeten* Gegenstand *Ersatz* erlangt, indem sich der für den ganzen Bestand erlangte Ersatz mit begrifflicher Notwendigkeit schon von vornherein auch auf diejenigen 8 bis 10000 Zentner erstreckt hat, durch deren Leistung sie die nunmehr unmöglich gewordene Ver-

bindlichkeit hätte erfüllen können. Soweit in den Urteilen vom 30. Jan. 1917 II. 359/16 (JW. 1917, 463 Nr. 6 u. Warneyer 1917 Nr. 73) und vom 23. Juni 1917 I 88/17 (JW. 1917, 968 Nr. 5 u. Warneyer 1917 Nr. 199) eine abweichende Auffassung vertreten worden ist, haben der I. uud II. Senat erklärt, hieran nicht festzuhalten. Somit liegt eine ‚streitige Rechtsfrage' im Sinne des § 137 GVG. nicht vor.

Ist daher der § 281 BGB. auf den vorliegenden Fall anwendbar, so war nach § 565 Abs. 3 ZPO. der dem Grunde nach spruchreife Klaganspruch für gerechtfertigt zu erklären und nach § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. die zum Ersatzbetrage noch streitige Sache an das LG. zurückzuverweisen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 13. Juni 1918. Ros. Zuckers. w. Zuckers. C. (OLG. Jena). IV 431/17. Auch in Entsch. 93 S. 142 Nr. 45.

---

220. Stehen die Parteien wegen der Ausführung eines Schlusses in Vergleichverhandlungen, so braucht sich der Abnehmer nicht vor Abschluß derselben einzudecken.

Vgl. 71 Nr. 132 m. N.
BGB. 326; HGB. § 374.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Schlusses vom 4. Okt. 1915 auf Lieferung von Garn im Oktober, November und Dezember 1915. Sie legte dabei für ihre Schadenberechnung die Marktpreise im Dezember 1915 zugrunde mit der Begründung, daß bis dahin Vergleichverhandlungen geschwebt haben, sie also vor Abschluß derselben an der Eindeckung gehindert gewesen wäre. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Die Sachlage war bereits Ende Oktober 1915 die, daß die Klägerin einerseits wegen der ernstlichen und endgültigen Erfüllungsweigerung der Beklagten das Recht erlangt hatte, sich auf deren Kosten anderweit einzudecken, daß sie anderseits aber auch, um bei der steigenden Richtung der Preise einer Vergrößerung der Schadenersatzpflicht der Beklagten vorzubeugen, verpflichtet war, das unverzüglich zu tun.

Trotzdem kann sich die Beklagte der Verpflichtung nicht entziehen, der Klägerin die Kosten des erst später erfolgten Ersatzkaufs zu erstatten, weil sie durch ihr eigenes Verhalten die Klägerin von einer früheren Eindeckung abgehalten hat. Sie hat im Briefe vom 6. Nov. 1915 selbst damit begonnen, eine vergleichweise Erledigung der entstandenen Differenz durch Lieferung des Tertiagarnes zu höherem Preise vorzuschlagen. Diesen Vergleichvorschlag hat sie im Briefe vom 12. Nov. 1915 aufrechterhalten, und über diesen Vorschlag ist dann in den folgenden Briefen der Parteien weiter verhandelt worden. Diese Vergleichverhandlungen haben sich erst im Dezember 1915 zerschlagen. Es war nun selbstverständlich, und die Beklagte mußte das voraussehen und bei

ihrem Verhalten in Rechnung ziehen, daß die Klägerin, solange nach den Vergleichverhandlungen für sie noch Aussicht bestand, das benötigte Garn, wenn auch zu anderen als den ursprünglichen Schlußbedingungen, von der Beklagten zu erhalten, zu einem Deckungskaufe nicht schreiten konnte. Der Beklagten aber kann es nach Treu und Glauben nicht gestattet sein, die Hinausschiebung des Deckungskaufs, die doch nur die Folge der von ihr selbst angebahnten und von ihr fortgeführten Vergleichverhandlungen bildete, der Klägerin zu deren Schaden entgegenzuhalten. Sie muß vielmehr den erst nach dem Scheitern der Vergleichverhandlungen vorgenommenen Deckungskauf noch als rechtzeitig gelten lassen."

Urteil des OLG. zu Dresden (8. Sen.) v. 12. April 1918 i. S. S. & J. w. R. 8 O. 61/17. F—ch.

221. Anwendbarkeit des § 326 BGB. bei außergerichtlichem Wandelungsvollzug?

BGB. §§ 326. 462. 467.

Anfang Dezember 1915 kaufte der Beklagte von der Klägerin ca. 3600 Dosen bombierten Casseler Rippenspeer zum Preise von 5 ℳ für die Dose. Die Ware wurde alsbald geliefert und bezahlt. Der Beklagte beanstandete die Beschaffenheit, worauf Verhandlungen zwischen den Parteien stattfanden, die nach der Behauptung der Klägerin dazu führten, daß die Klägerin einen Anspruch auf Zurückgabe von 3300 Dosen erwarb. Da der Beklagte trotz Nachfristbestimmung die Dosen nicht herausgab, forderte die Klägerin auf Grund von § 326 BGB. Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Klägerin hat in der ersten Instanz vorgetragen, am Abend des 27. Dez. 1915 habe zwischen ihr und dem Beklagten ein Ferngespräch stattgefunden, wobei Wandelung des Kaufes vereinbart worden sei dergestalt, daß der Beklagte 3300 Stück der gelieferten und beanstandeten Dosen zurückgeben und sie, die Klägerin, den dafür gezahlten Kaufpreis zurückerstatten sollte. Der Beklagte bestritt dieses Vorbringen, indem er behauptete, er sei zur Rückgabe der Ware gegen Erstattung des Kaufpreises nur unter der nicht eingetretenen Bedingung bereit gewesen, daß Zahlung und Abnahme der Ware spätestens am 27. Dez. mittags erfolge. Das LG. wies die Klage ab, indem es ausführte, die Klägerin sei nach ihrer eigenen Darstellung zur Fristbestimmung aus § 326 BGB. nicht berechtigt gewesen, nach §§ 467. 354 daselbst hätte sie dem mit der Rückgewähr in Verzug geratenen Beklagten nur eine Frist mit der Wirkung setzen können, daß im Falle des fruchtlosen Ablaufs der Verlust des Wandelungsrechtes des Beklagten eingetreten wäre.

In der Ber.-Instanz erklärte die Klägerin, der Ausdruck „Wandelung" sei in der Klageschrift versehentlich gebraucht worden. Es sei ein neuer Kaufvertrag zustandegekommen, durch den die Klägerin 3300 Dosen zum Preise

von 5 ℳ von dem Beklagten gekauft habe. Das OLG. erachtet dieses neue Vorbringen nicht für geeignet, den mit der Klage geltend gemachten Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu rechtfertigen. Es führt im wesentlichen aus, daß das LG. nach dem ihm Vorgetragenen zutreffend die Klage abgewiesen habe, daß eine Vereinbarung, wonach eine als vertragwidrig beanstandete Ware vom Verkäufer zurückgenommen werden solle, regelmäßig als Wandelung und nicht als neuer Kaufvertrag anzusehen sei und daß im gegenwärtigen Falle auch nach dem neuen Vorbringen der Klägerin keine Tatsachen vorlägen, die eine Abweichung von der Regel ergeben würden.

Diese Beurteilung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Vorschrift des § 326 Abs. 1 BGB., wonach der Gläubiger im Falle des Verzugs des Schuldners durch Nachfristbestimmung die Umwandelung des Erfüllungsanspruchs in den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung herbeiführen kann, ist ausdrücklich nur für gegenseitige Verträge gegeben. Für sonstige Schuldverhältnisse gilt § 286 Abs. 2 a. a. O. Darnach kann der Gläubiger von dem säumigen Schuldner Schadenersatz wegen Nichterfüllung dann verlangen, wenn die Leistung infolge des Verzugs für ihn kein Interesse hat, ein Gesichtspunkt, unter dem die vorliegende Klage nicht begründet wurde. Die Wandelung eines Kaufes (§§ 462. 467 f. BGB.) hat nun an sich nicht die Wirkung, daß an die Stelle des rückgängig gemachten Kaufvertrags ein anderer gegenseitiger Vertrag tritt. Das Wesentliche und die Natur des Rechtsverhältnisses Bestimmende ist bei der Wandelung nicht, wie beim gegenseitigen Vertrag, ein Austausch von Leistung und Gegenleistung, sondern die Beseitigung des auf einen solchen Austausch gerichteten Vertrags. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß nach §§ 467. 346 die beiderseitigen Leistungen zurückzugewähren sind, und daß diese Rückgewähr nach § 348 Zug um Zug und unter entsprechender Anwendung der für den gegenseitigen Vertrag geltenden Vorschriften der §§ 320. 322 stattzufinden hat. Denn hierbei handelt es sich nur um eine nebensächliche Folge der Rückgängigmachung des Kaufvertrags, die je nach dem zufälligen Stande der beiderseitigen Leistungen auch ganz ausbleiben oder nur für einen der beiden Teile wirksam werden kann.

Die Revision versucht denn auch nicht, aus der Wandelung als solcher die Anwendbarkeit des § 326 BGB. zu rechtfertigen. Sie macht vielmehr geltend, ein gegenseitiger Vertrag und damit die Zulässigkeit des Vorgehens nach § 326 müsse hier — das Vorbringen der Klägerin als richtig vorausgesetzt — deshalb angenommen werden, weil die Parteien die Herausgabe der Dosen und die Rückzahlung des Kaufpreises besonders vereinbart und so diese beiderseitigen Leistungen zu Vertragpflichten erhoben hätten, dabei sei es gleichgültig, ob sie an einen wirklichen Rückkauf oder an Wandelung gedacht hätten und ob sie sich überhaupt des Unterschieds zwischen beiden bewußt gewesen seien. Daß es auf diesem Wege zum Abschluß eines gegenseitigen Vertrags hätte kommen können, ist der Revision unbedenklich einzuräumen. Allein im

gegenwärtigen Falle läßt die Auffassung des Ber.-Gerichts, wonach ein solches Verhältnis nicht vorliegt, einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Was die Klägerin in der ersten Instanz vorgetragen hat, war weiter nichts als die Behauptung, daß es nach der Beanstandung der Ware bezüglich eines Teiles derselben zu einer im Sinne des § 465 BGB. vollzogenen Wandelung gekommen sei; Umstände, die ergeben hätten, daß dabei der Rückgewährpflicht erkennbar eine besondere und selbständige Bedeutung beigelegt worden ist, wurden nicht geltend gemacht. In der zweiten Instanz hat die Klägerin dann allerdings erklärt, der Kauf sei nicht gewandelt worden, sondern sie habe die Dosen zurückgekauft. Das Ber.-Gericht ist aber einwandfrei der Ansicht, daß die Klägerin mit diesem der tatsächlichen Unterlagen entbehrenden Versuche, an die Stelle der Wandelung einen neuen Kaufvertrag zu setzen, nicht zu hören sei.

In dem Urteile RGEntsch. Bd. 66. 61 hat der erkennende Senat die Frage erörtert, wie sich der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gestaltet, den der Käufer nach der Erwirkung eines rechtskräftigen Wandelungsurteils auf Grund von § 283 Abs. 1 BGB. erhebt. Es ist dort (S. 66ff.) ausgeführt, daß das durch das rechtskräftige Wandelungsurteil geschaffene Verhältnis hinsichtlich des Inhalts des erwähnten Anspruchs gleichzustellen sei dem durch einen gegenseitigen Vertrag begründeten Verpflichtungsverhältnisse. Einer Stellungnahme zu jenem Urteile und dessen Begründung bedarf es in der vorliegenden Sache nicht, da es sich hier, soweit die Wandelung als solche in Betracht kommt, nicht um den urteilsmäßigen Wandelungsanspruch und den Inhalt des an sich begründeten Schadenersatzanspruchs, sondern um die Frage handelt, ob der außergerichtliche Wandelungsvollzug die Beteiligten ohne weiteres in die Lage versetzt, im Wege des § 326 BGB. den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu erlangen."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 28. Mai 1918. Sächs. H.-K. G. m. b. H. w. F. (OLG. Hamburg). II. 70/18. Auch in Entsch. 93 Nr. 16 S. 47.

---

222. Unwirksamkeit der Abtretung wegen Unbestimmtheit des abgetretenen Betrages* sowie wegen Vorbehalts des Einziehungsrechts.**

*Vgl. 71 Nr. 183 m. N. **Vgl. 72 Nr. 48 m. N.

BGB. § 398.

Die Beklagte stellte gegenüber der Klageforderung zwei Gegenforderungen zur Aufrechnung, die ursprünglich den Viehkommissionären G. und W. gegen den Kläger zugestanden haben sollten, und welche die Beklagte durch Abtretung seitens der Gläubiger erworben zu haben behauptete. Das Ber.-Gericht verneinte die Wirksamkeit der Abtretung, das RG. trat dem bei. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Dem G. gewährte die Beklagte in der Weise Kredit, daß sie ihm diejenigen Beträge auszahlte, welche er aus Fleisch- und Viehverkäufen an Nichtmitglie-

der der Bank zu fordern hatte. Die Einziehung der Kaufgelder sollte ausschließlich durch die Beklagte erfolgen. Zu diesem Zwecke hatte G. ihr binnen fünf Tagen die Rechnungen einzureichen, welche sie mit dem Vermerke, daß Zahlungen nur an die Bank zu leisten seien, den Käufern übermitteln sollte. Dem G. durfte sie auf die Zahlungen, die sie ihm machte, $^1/_3$% Provision berechnen und ihn außerdem mit einer Inkassoprovision, mit Portospesen und, falls die Rechnungsbeträge nicht innerhalb drei Wochen eingingen, mit Verzugszinsen in Höhe von mindestens 6% belasten. ‚Zur Sicherheit für diesen Kredit', — so lautet ein weiterer Absatz des zwischen G. und der Beklagten geschlossenen Vertrags, ‚zediert G. der Handels- und Verkehrsbank alle seine Forderungen, die er aus seinen Fleisch- und Viehverkäufen hat und erwirbt, bis zur Höhe der ihm von der Bank ausgezahlten Beträge."

Weder der erste lediglich eine Einziehungsermächtigung enthaltende Teil des Abkommens noch die ihm folgende Abtretungserklärung waren allein oder im Zusammenhange geeignet, den Übergang G.scher Forderungen auf die Beklagte zu bewirken. An der in der Rechtsprechung des RG. wiederholt zum Ausdrucke gebrachten Auffassung von der Übertragbarkeit erst in Zukunft zur Entstehung gelangender, zur Zeit des Vertragschlusses also noch nicht vorhandener Forderungen (vgl. z. B. RGEntsch. 58, 72; 67, 166; 90, 274; JW. 1911, 576, 10) ist freilich festzuhalten, ebenso aber auch daran, daß die Abtretungserklärung den Gegenstand der Abtretung mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lassen muß. Diesem Erfordernis würde genügt sein, wenn G. lediglich die ihm aus seinen Fleisch- und Viehverkäufen erwachsenden Forderungen abgetreten hätte, durch den Zusatz aber, nach welchem sie nur bis zu dem Betrage der ihm von der Beklagten gewährten, in ihrer Höhe ständig wechselnden Vorschüsse als übertragen gelten sollten, wurde eine Unsicherheit in die rechtlichen Beziehungen der Vertragteile hineingebracht, welche mit dem Wesen der Abtretung nicht vereinbar ist. Das jeweilige Steigen oder Sinken der Bankschuld des G. sollte und mußte stets auch eine Änderung des Abtretungsgegenstandes zur Folge haben und gestattete daher erst bei Beendigung des Kreditverhältnisses eine sichere Feststellung der Forderungen, welche endgültig auf die Beklagte übergegangen waren. Einer solchen Vereinbarung muß wegen der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit des Vertraggegenstandes der Rechtsschutz versagt werden (vgl. das einen ähnlichen Fall behandelnde Urteil des erkennenden Senats vom 18. Mai 1917 RGEntsch. 90, 248 und die oben angezogenen Erkenntnisse).

W. hatte mit der Beklagten zwei Verträge geschlossen. In dem ersten Vertrage v. 24. Okt. 1903 hatte er ihr zur Sicherheit für den ihm eingeräumten Kredit seine sämtlichen gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus Viehverkäufen abgetreten, sich selbst aber deren Einziehung vorbehalten und sich nur verpflichtet, der Bank wöchentlich eine Aufstellung der einkassierten Beträge zu geben. Da diese Bestimmung die Zessionarin von der mit dem Gläubiger-

rechte begrifflich und notwendig verbundenen Befugnis, die Forderungen in eigenem Namen einzuziehen, dauernd und bedingungslos ausschließt, läßt die Abtretungserklärung des W. dessen ernstlichen Willen, seine Gläubigerstellung aufzugeben und hinsichtlich der erworbenen und noch zu erwerbenden Forderungen die Beklagte an seine Stelle treten zu lassen, vermissen und entbehrt daher der Rechtsgültigkeit. Die Urkunde v. 20. Febr. 1904 enthält aber keine neue und selbständige Abtretungserklärung des W. Sie regelt die Kreditgewährung und das Recht der Bank zur Einziehung der Rechnungsbeträge inhaltlich zwar in derselben Weise, wie es später auch in dem mit G. getroffenen Abkommen geschehen ist, verweist aber hinsichtlich der Sicherheiten lediglich auf den Vertrag v. 24. Okt. 1903. Dadurch konnte jedoch die Rechtsunwirksamkeit der in ihm abgegebenen Abtretungserklärung nicht behoben werden."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 22. Febr. 1918. H.-Bank w. H. (OLG. Hamburg) III. 402/17. Auch in Entsch. 92 Nr. 56 S. 238.

---

223. Überlassung einer Tanzvergnügungen gewidmeten Wirtschaft; Miete oder Pacht*? Minderung des Pachtzinses wegen behördlichen Tanzverbots**.

*Vgl. 69 Nr. 73 m. N. **Vgl. 72 Nr. 50 m. N.
BGB. §§ 535. 537 Abs. 1. 581.

Die Rechtsvorgänger der Beklagten „vermieteten" laut Vertrag v. 16. April 1910 dem P. das Grundstück Nr. 9 an der Eichwaldstraße in P. „zum Zwecke des Betriebes eines Restaurants" für die Zeit v. 1. Juli 1910 bis zum 31. Dez. 1922. Mit der Begründung, daß es sich um eine wesentlich Tanzvergnügungen gewidmete Wirtschaft handle, Veranstaltungen dieser Art aber seit Kriegsausbruch verboten seien, verlangte P. Minderung der vereinbarten Vergütung und erhob Klage auf Rückzahlung von 833 ℳ für die Zeit bis zum 31. Dez. 1914 und von 625 ℳ vierteljährlich für die Folgezeit bis zum 30. Juni 1916. Das Ber.-Gericht erklärte den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht erachtet den Vertrag v. 16. April 1910 als einen Pachtvertrag, dessen Gegenstand ein hauptsächlich zur Veranstaltung von Tanzvergnügungen bestimmtes und eingerichtetes Wirtschaftsanwesen bildete. Diese Annahme wird von der Revision mit Unrecht in Zweifel gezogen. Die Überlassung von Räumlichkeiten zum Betriebe einer Wirtschaft begründet allerdings, wie in der Rechtsprechung des RG. (vgl. RGEntsch. 81, 23; 87, 277) anerkannt ist, ein Pachtverhältnis nur dann, wenn die Räume zu diesem Zwecke baulich eingerichtet und, wenigstens im wesentlichen, auch mit der erforderlichen Ausstattung versehen, also betriebfertig sind. Anlaß zu Bedenken kann darnach der Umstand geben, daß, wie das Ber.-Gericht als richtig unterstellt, Tische, Stühle, Gläser, Geschirr u. a. von dem Wirte selbst gestellt werden sollten.

Indessen wird die Annahme eines Pachtverhältnisses nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Einrichtung der Ergänzung bedurfte, und das, was das Ver.-Gericht sonst über Beschaffenheit, Einrichtung und andere mit der Zweckbestimmung des Anwesens zusammenhängende Verhältnisse feststellt, läßt erkennen, daß dieses nicht als leere Räumlichkeiten sondern als ein im wesentlichen zur Veranstaltung von Tanzvergnügungen bestimmtes und eingerichtetes Wirtschaftsanwesen, demnach als fruchttragende Sache, zum Gebrauch und zum Genuß der Früchte überlassen wurde. Das Ver.-Gericht weist auf die örtliche Lage an der Eichwaldstraße als der Gegend der Tanzlokale hin, hebt die bauliche Eigenart und die Einrichtung des Anwesens hervor und verweist namentlich auf den einen wesentlichen Teil des Anwesens bildenden, nach dem Vertrage umzubauenden und zu vergrößernden Saal, der nach seiner Einrichtung in Verbindung mit den Nebenräumen für Garderobe, Büfett und Restauration als Tanzlokal zu betrachten sei. Der Einrichtung entsprach die Verwendung, die das Anwesen vor und nach dem hier in Frage stehenden Vertrag fand. Das Ver.-Gericht stellt fest, daß die Einnahmen zum allergrößten Teil dem Tanzbetriebe zu verdanken gewesen seien, und daß auch der Kläger eine Änderung nicht eintreten lassen wollte, vielmehr die Umgestaltung des Saales zu dem Zwecke verlangt habe, um möglichst viele Paare tanzen zu lassen und einen hohen Gewinn zu erzielen. Hält man damit die weitere Feststellung zusammen, daß die Höhe der Vergütung mit Rücksicht auf die Verwendung zu Tanzlustbarkeiten bemessen worden sei, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß das Anwesen nicht etwa nur mit der Erlaubnis des Wirtschafts- und Tanzbetriebes vermietet, sondern als zu diesem Zwecke und insbesondere zur Veranstaltung von Tanzvergnügungen bestimmt und eingerichtet verpachtet worden ist. Das Erfordernis der Beschaffung von Tischen, Stühlen usw. tritt unter den festgestellten Umständen gegenüber der Beschaffenheit und Einrichtung des Anwesens im übrigen zurück. Was die Revision sonst gegen die Annahme eines Pachtverhältnisses vorbringt, ist unerheblich. Insbesondere kann nicht entscheiden, daß der Vertrag v. 16. April 1910 von einem Rechtskundigen verfaßt und als Mietvertrag bezeichnet worden ist. Ebensowenig der Umstand, daß in dem Vertrage nur von dem Betriebe einer Restauration, nicht von der Veranstaltung von Tanzvergnügungen die Rede ist. Entscheidend sind vielmehr in erster Linie die von dem Ver.-Gericht festgestellten, den Beteiligten beim Vertragschluß bekannten tatsächlichen Verhältnisse. Ist demnach davon auszugehen, daß das Anwesen als ein hauptsächlich zur Veranstaltung von Tanzvergnügungen bestimmtes und eingerichtetes Wirtschaftsanwesen verpachtet worden war, dann begründete das behördliche Tanzverbot einen Fehler der verpachteten Sache, der ihre Tauglichkeit zum vertragmäßigen Gebrauch und zum Genuß der Früchte erheblich minderte. Der Anspruch auf Minderung des Pachtzinses war daher nach §§ 537 Abs. 1, 581, der Anspruch auf Rückforderung des zu viel Gezahlten nach §§ 812. 814 BGB. begründet. Die Aus-

führungen des Ber.-Gerichts stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (RGEntsch. 87, 277; 88, 96; 89, 203) und lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Ob der Pächter trotz des Tanzverbotes gute Geschäfte machte, ist unerheblich. Denn die Tatsache, daß das Verbot die Tauglichkeit des Pachtgegenstandes zum vertragmäßigen Gebrauch und Fruchtgenuß beeinträchtigte, wird dadurch nicht beseitigt. Zudem hat das Ber.-Gericht seine Überzeugung dahin ausgesprochen, daß der durch das Tanzverbot begründete Ausfall durch die behauptete Steigerung des sonstigen Wirtschaftsbetriebes nicht ausgeglichen worden sei. Da es sich nicht um die Feststellung und den Ersatz eines Schadens handelt, ist auch belanglos, ob und in welcher Höhe der Pächter während des Krieges Einnahmen aus dem Tanzbetriebe erzielt haben würde, wenn dieser nicht verboten gewesen wäre. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 31. Mai 1918. Z. w. P. (Kl.) (OLG. Posen). III. 57/18.

---

224. Überlassung eines bisherigen Tanzsaales zu Lichtspielvorführungen; Miete oder Pacht? Keine Minderung des Mietzinses wegen allgemeiner zeitweiliger behördlicher Schließung der Lichtspielunternehmungen.

Vgl. vor. Nr. m. N.
BGB. §§ 535. 537 Abs. 1. 581.

Die Klägerin forderte mit der Behauptung, die Benutzung der ihr von der Beklagten zum Zwecke von Lichtspielvorstellungen überlassenen Räume sei ihr durch behördliche Schließung zeitweilig entzogen worden, Minderung der von ihr zu entrichtenden vertragmäßigen Vergütung. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Dem LG. ist darin beizutreten, daß kein Pachtvertrag, sondern ein Mietvertrag vorliegt. In dem Saale, um den es sich handelt, war das Schankgewerbe ausgeübt worden, er hatte als Tanzsaal gedient, bis er der Klägerin zu Lichtspielvorführungen überlassen wurde. Laut der vorliegenden Urkunde haben die Vertragparteien ausdrücklich erklärt, einen Mietvertrag schließen zu wollen. Wenn in § 1 der Urkunde davon die Rede ist, daß das Mietverhältnis nach Beendigung eines vorzunehmenden Umbaues beginnen solle, und wenn nach § 8 daselbst die zur Ermöglichung von Lichtspielvorführungen nötige Herstellung der Mieträume von den Vermietern ausgeführt, dagegen alles zur Ausführung der Lichtspiele Dienende von den Abmietern allein beschafft werden sollte, so kann daraus für die Auffassung der Klägerin nichts gefolgert werden. Denn die Aussagen K.s und F.s stellen außer Zweifel, daß der Beklagten lediglich die Herstellung des Saales als solchen, seine Einrichtung zum Betriebe einer Lichtspielanstalt aber ausschließlich der Klägerin obliegen sollte. Diese hatte auch tatsächlich nur den nackten Saal überlassen erhalten, und die gesamte Einrichtung, wenn auch gegen Gewährung eines

Geldbeitrags von seiten der Vermieterin zu einzelnen Änderungen, selbst besorgt. Wenn aber die innere Einrichtung des Saales für den Lichtspielbetrieb, sowie die Beschaffung der nötigen Inventarstücke und Ausstattungsgegenstände vertragsmäßig nicht Sache der Beklagten sondern der Klägerin war, so ist die Annahme, daß durch den Vertrag ein Pachtverhältnis begründet worden sei, ausgeschlossen (zu vgl. RGEntsch. 87, 277; 88, 98; 89, 203). Auf die Grundsätze über den Pachtvertrag kann daher der Klaganspruch nicht mit Erfolg gestützt werden.

Als Vermieterin würde die Beklagte für die zeitweilige Beeinträchtigung des vertragmäßigen Gebrauchs der Mietsache der Klägerin nur haften, wenn diese entweder in ihrer Person oder in einem Mangel der Mietsache selbst begründet wäre (JW. 1918 88, 8). Ersteres kommt unstreitig nicht in Frage. Einem Sachmangel im Sinne des § 537 BGB. müßte allerdings gleichgeachtet werden, wenn die behördliche Schließung des der Klägerin vermieteten Saales während 21 Tagen in Februar und März 1917 in einer Beziehung zur Mietsache und insbesondere zu deren örtlicher Lage gestanden hätte und infolgedessen ihre Tauglichkeit zu dem durch ihre örtliche Lage erst ermöglichten vertraggemäßen Gebrauche beeinträchtigt worden wäre (zu vgl. JW. 1913, 596, 10; RGEntsch. 87, 277; 91, 54). Der Annahme des LG., daß dies der Fall gewesen sei, kann jedoch nicht beigetreten werden. Denn die behördlichen Bekanntmachungen, auf denen die zeitweilige Schließung des Lichtspielunternehmens der Klägerin beruht, richteten sich nicht gegen dieses allein sondern gegen alle dem öffentlichen Verkehre dienenden Räume in L., und sie hatten ihren Anlaß nicht in der Beschaffenheit oder örtlichen Lage der Mietsache, sondern ausschließlich in der wie offenkundig nicht bloß für L. sondern für das ganze Deutsche Reich bestehenden Notwendigkeit, an Heizungs- und Beleuchtungsstoffen zu sparen. Nach den Vorschriften über den Mietvertrag ist darum der Anspruch der Klägerin unbegründet."

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 4. April 1918 i. S. C. w. D. Z. und K. 1. O. 15/18. F—ch.

---

225. Kein Anfechtungsrecht des Versicherers wegen Irrtums über eine für das Versicherungsinteresse wesentliche Eigenschaft des versicherten Gegenstandes.

Vgl. 65 Nr. 95.
BGB. § 119; VersVG. §§ 6, 17—21.

Kläger hatte bei der beklagten Viehversicherungsgesellschaft ein Pferd versichert. Bei Eingehung des Versicherungsvertrags hatte er das Pferd als gesund bezeichnet, tatsächlich war es jedoch, wie sich später herausstellte, damals bereits krank gewesen. Als es dann an dieser Krankheit eingegangen war, focht die Beklagte u. a. den Versicherungsvertrag wegen Irrtums an,

weil das Pferd bei Eingehung des Versicherungsvertrags bereits krank gewesen sei. Die Einrede wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Die von der Beklagten erklärte Anfechtung des Versicherungsvertrags wegen Irrtums über die Gesundheit des Pferdes wäre, wie das LG. mit Recht ausspricht, unzulässig, auch wenn die Voraussetzungen des § 119 BGB. vorlägen. Könnte der Versicherer einen Versicherungsvertrag anfechten, weil er ebenso wie der Versicherte über eine Eigenschaft des versicherten Gegenstandes, die für die Güte des übernommenen Risikos erheblich war, im Irrtum gewesen ist, so hätte der Versicherte niemals die Gewißheit, wirklich gedeckt zu sein. Eine solche Anfechtung wäre also gegen den Sinn und Zweck des Versicherungsvertrags. Sie ist auch durch den § 6 und insbesondere die §§ 17 bis 21 des VVG. ausgeschlossen, was im § 51 der Versicherungsbedingungen der Beklagten noch ausdrücklich wiederholt ist. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bleibt natürlich zulässig. Aber diese scheitert im Streitfalle daran, daß K. bei Abschluß der Versicherung die Angabe, daß das Pferd gesund sei, nicht arglistig unrichtig und nicht einmal fahrlässigerweise gemacht hat. Das Gericht bezweifelt nicht, daß K. das Pferd damals für gesund gehalten hat und auf Grund der Angabe des Tierarztes J. war er hierzu auch berechtigt."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 23. Mai 1918. J. H. G. w. Nordd. Viehvers.-Ges. Bf. III. 121/18. Nö.

---

226. Schuldrechtliche Wirkung der Verpfändung einer Lebensversicherung ohne Anzeige an den Drittschuldner.

BGB. § 1280.

H. verpfändete den Klägern zur Sicherheit für ihm gewährte Darlehne seine Ansprüche aus einer auf seinen Todesfall abgeschlossenen Lebensversicherung unter Übergabe des Versicherungscheins. Eine Anzeige von der Verpfändung erfolgte an die Versicherungsgesellschaft nicht. Nach dem Tode des H. erhoben die Kläger Ansprüche auf die Versicherungssumme. Der Nachlaßpfleger des H. bestritt dieselben wegen Unwirksamkeit der Verpfändung. Die Versicherungsgesellschaft hinterlegte den streitigen Betrag. Der von den Klägern gegen den Nachlaßpfleger erhobenen Klage auf Einwilligung in die Auszahlung des hinterlegten Betrags wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach § 1280 BGB. erfordert allerdings die Verpfändung zu ihrer vollen Wirksamkeit die Anzeige des Gläubigers an den Schuldner. Eine solche ist nicht erfolgt. Als Verpfändung würde daher der Vertrag v. 3. Aug. 1914 weder gegenüber der Nachlaßkonkursmasse noch gegenüber einem dritten Gläubiger wirksam geworden sein, der die Forderung mit Beschlag belegt hätte. Hier stehen sich aber der Kläger und der Nachlaßpfleger gegenüber.

Der letztere steht völlig an Stelle des Erblassers. Er muß also dessen Verfügungen ebenso gegen sich gelten lassen wie ein anderer Gesamtnachfolger oder wie der Erblasser selbst. Daraus, daß eine Verpfändung des Versicherungsanspruchs ohne Anzeige des Gläubigers an den Schuldner der dinglichen Wirksamkeit entbehrt, ist nicht zu folgern, daß der Vertrag zwischen den Beteiligten selbst ohne obligatorische Wirkungen sein müßte. Es fehlt an genügendem Anhalt für die Annahme, daß obligatorische Sicherungsgeschäfte mit Bezug auf Sachen nur insoweit zulässig sein sollten, als sie auch dinglich rechtswirksam abgeschlossen werden können. Wenn daher die Beteiligten eine Verpfändung der Forderung verabredet haben, ohne daß es zu einer Anzeige der Verpfändung gekommen ist, so steht nichts entgegen, im Verhältnis der Beteiligten selbst diesem Abkommen vollständige Wirkung dahin beizulegen, daß der Gläubiger berechtigt ist, sich dem verpfändenden Schuldner gegenüber aus der Forderung für seine Ansprüche zu befriedigen. Die obligatorische Wirkung eines derartigen Vertrags ohne Beobachtung der für die Wirksamkeit in § 1280 BGB. festgesetzten Voraussetzung ist bisher insoweit anerkannt worden, als daraus ein obligatorisch wirkendes Zurückbehaltungsrecht am Versicherungschein anerkannt worden ist (vgl. RGEntsch. 51, 87). Die gleiche Wirkung ist dem Vertrag unter den Beteiligten selbst aber auch nach der Richtung beizumessen, daß der Gläubiger zu einer Befriedigung seiner Forderung aus dem Pfandstück berechtigt und der Schuldner verpflichtet ist, diese Befriedigung sich gefallen zu lassen. Mit einem obligatorischen Zurückbehaltungsrecht an der Schuldurkunde, dem Versicherungschein, ist im vorliegenden Falle dem Gläubiger nicht gedient, da es sich nicht mehr um den Lebensversicherungsanspruch in seiner ursprünglichen Form handelt; vielmehr ist die Versicherungsumme fällig geworden und die Versicherungsanstalt hat sie zugunsten der beteiligten Gläubiger hinterlegt. Diese Hinterlegungsumme kann daher der Gläubiger zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen und der Schuldner ist ebensowenig wie seine Rechtsnachfolger oder der Nachlaßpfleger berechtigt, gegenüber der in dem Vertrage v. 3. Aug. 1914 übernommenen Verpflichtung dieser Inanspruchnahme der Hinterlegungsumme zugunsten des Gläubigers entgegenzutreten."

Urteil des Kammergerichts v. 23. Sept. 1918 i. S. H. W. T. 22. U. 203/18. O. H.

---

227. Die Bestimmung über die Beerdigung eines Verstorbenen steht dem nächsten Verwandten zu*; Zulässigkeit des Rechtswegs bei entstehendem Streit**.

*Vgl. 59 Nr. 176; 68 Nr. 60; 70 Nr. 219; **Vgl. 65 Nr. 29 m. N.
BGB. § 1968; GVG. § 13.

Am 4. Mai 1918 starb zu Lüttich in einem Kriegslazarett der Unteroffizier X. infolge einer Kriegsverletzung. Die Verlobte und eine Schwester des Ver-

storbenen, der seine Mutter und fünf weitere Geschwister hinterlassen hatte, überführten die Leiche nach Berlin und trafen die nötigen Vorbereitungen zur Beerdigung, bestellten insbesondere die Grabstelle und setzten Zeit und Ort der Beerdigung fest. Auf den Einspruch der Mutter des Verstorbenen, welche das Recht für sich in Anspruch nahm, die Beerdigung selbst anzuordnen, wurde die Beerdigung herausgeschoben. Die Mutter begehrte Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziele, ihr Recht auf die Anordnung der Vorbereitungen der Beerdigung und deren Gestaltung zu wahren. Dem Antrage wurde in der Beschwerdeinstanz stattgegeben. Aus den Gründen:

„Vorweg ist die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht zu beanstanden. Für die Entscheidung von Streitigkeiten der vorliegenden Art gilt zwar keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung. Es ist aber kein Grund ersichtlich, der die Unzulässigkeit des Rechtswegs ergeben, insbesondere die Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung dieser Streitigkeiten ausschließen würde. Es würde andernfalls an jedem Wege fehlen, Streitigkeiten dieser Art unter den Beteiligten zum Austrag zu bringen. Darnach ist die Zulässigkeit des Rechtswegs für die beantragte einstweilige Verfügung anzuerkennen (vgl. RGEntsch. 71, 20).

Ebenso ist bei einem Widerstreit der Beteiligten die Antragstellerin als die Mutter des Verstorbenen diejenige, der das entscheidende Wort bei der Vorbereitung und Ausgestaltung der Beerdigung gebührt. Auch darüber, wer bei der Vorbereitung und Ausgestaltung des Begräbnisses die maßgebende Rolle zu spielen hat, fehlen ausdrückliche Bestimmungen im Gesetz. Insbesondere kann die Entscheidung nicht unmittelbar aus den Vorschriften des Erbrechtes entnommen werden, zumal, wenn, wie im vorliegenden Falle, die nächstberechtigten Erben über die Ausübung des Rechtes nicht einig sind.

Nach den beigebrachten Bescheinigungsmitteln fehlt es auch an einem genügenden Anhalt für die Feststellung, daß der Verstorbene selbst Anordnungen über die Art seiner Beerdigung getroffen hätte, insbesondere darüber, wer unter seinen Hinterbliebenen die Beerdigung in die Hand nehmen solle. Anordnungen dieser Art würden in erster Reihe entscheidend sein. Die beigebrachten Bescheinigungsmittel über diesen Punkt gehen aber derart auseinander, daß nur angenommen werden kann, der Verstorbene habe entweder überhaupt keine Anordnungen über die Art seiner Beerdigung getroffen oder es handle sich dabei um gelegentliche und nicht verbindliche Äußerungen.

Die Entscheidung darüber, wem hinsichtlich der näheren Einzelheiten der Beerdigung die maßgebende Stimme gebührt, kann nur der im deutschen Volke herrschenden sittlichen Anschauung entnommen werden. Diese geht dahin, daß der nächste Verwandte die entscheidende Stimme besitzt, also im vorliegenden Falle die Antragstellerin, die Mutter, zumal da diese mit der größten Mehrzahl der hinterbliebenen Geschwister einig ist.

Die Parteien streiten darüber, ob ein förmliches Verlöbnis zwischen der Antragsgegnerin und dem Verstorbenen bestanden hat und insbesondere ver-

öffentlicht worden ist. Einer Entscheidung dieses Streites bedarf es aber nicht, da unter allen Umständen der Regel nach die Mutter gegenüber der Braut den Vorrang bei der Anordnung beanspruchen kann."

Beschluß des Kammergerichts zu Berlin (22. Sen.) v. 8. Juli 1918. B. w. A. 22. W. 1268/18. O. H.

---

228. In besonders gearteten Fällen ist bei der Auseinandersetzung mit einem stillen Gesellschafter auch der Wert des Geschäfts und der Firma in die Bilanz einzustellen.

HGB. §§ 40. 340.

Der Beklagte, der den Kläger 1895 als stillen Gesellschafter in sein Geschäft aufgenommen hatte, kündigte das Gesellschaftsverhältnis zum 1. Juli 1917. Er zahlte dem Kläger den Betrag aus, der sich nach der Jahresbilanz als dessen Anteil ergab. Der Kläger verlangte Ergänzung der Bilanz u. a. durch Einstellung des Wertes des Geschäfts und der Firma. Das LG. wies dieses Verlangen zurück. Die Berufung hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Das Ber.-Gericht vermag den Standpunkt nicht zu teilen, den das LG. bezüglich des Geschäfts- und Firmenwertes eingenommen hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein solcher Wert, vorausgesetzt natürlich, daß er sich im gegebenen Falle durch Schätzung ermitteln läßt, grundsätzlich bei der Auflösung einer stillen Gesellschaft als Posten der Auseinandersetzungsbilanz einzusetzen ist. Hier hat das jedenfalls mit Rücksicht auf die besonderen vorliegenden Umstände zu geschehen. Der Kläger brachte die gleiche Kapitaleinlage ins Geschäft ein wie der Beklagte (18000 *M*) und war — nach Kürzung eines bestimmten Betrags, den jede Partei im voraus für ihre geschäftliche Tätigkeit zu erhalten hatte — in dem gleichen Maße wie dieser am Gewinn und Verlust beteiligt (§ 5 des Vertrags). Er hatte den kaufmännischen Teil, insbesondere die Korrespondenz und die Buchführung ständig zu überwachen und hatte die entscheidende Stimme bei der Anstellung des kaufmännischen Personals, das jederzeit seinen Anordnungen nachkommen mußte (§ 3); größere Neuanschaffungen für das Geschäft bedurften seiner Genehmigung (§ 8). Er hatte das Geschäft durch Gewährung erheblicher barer Darlehne aus seinen Mitteln unterstützt und ihm ständig durch Hingabe seines Wechselacceptes Bankkredit beschafft, auch nutzbringende Geschäftsverbindungen herbeigeführt. Seine Beteiligung ist mithin nach Art und Umfang über das gewöhnliche Maß der Beteiligung eines stillen Gesellschafters weit hinausgegangen und hat seine Stellung der eines offenen Gesellschafters nahegerückt. Es ist anzunehmen, daß die günstige Vermögenslage, in die sich das Geschäft, das anfänglich schlecht gegangen ist, im Laufe der Jahre emporgearbeitet hat, zu einem nicht geringen Teile auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist, und es muß daher der jetzt vorhandene Geschäfts- und Firmenwert, zu dessen Schaffung sicherlich auch die mit seiner Zustimmung alljährlich vorgenommenen beträchtlichen

Abschreibungen und die dadurch erzielten stillen Reserven beigetragen haben, auch als Ergebnis seiner Mitwirkung angesehen werden. Unter solchen Umständen wäre es unbillig, wollte man ihn bei der Auseinandersetzung von der Beteiligung an diesem Geschäftswerte ausschließen."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 17. Juni 1918 i. S. Schn. w. Schu. 5. O. 64/18. F—ch.

II. Verfahren.

229. Verwerfung der Einrede der mangelnden Parteifähigkeit durch Zwischenurteil nach § 303 ZPO.*; Fortbestehen der Rechtspersönlichkeit einer Gewerkschaft nach der Auflösung; entsprechende Anwendung des § 311 Abs. 2 HGB. auf die Geschäfte der aufgelösten Gewerkschaft.**

*Vgl. 64 Nr. 230 m. N., 67 Nr. 46. **49 Nr. 248.
ZPO. §§ 50. 275 Abs. 2. 303; HGB. § 311.

Der Kläger erhob gegen die Beklagte, die 1905 als Gewerkschaft gothaischen Rechts mit dem Sitze in Gotha gegründet war, Ansprüche auf Grund eines im Jahre 1913 geschlossenen Vertrags. Die Beklagte wandte ein, in der Gewerkenversammlung v. 21. März 1907 sei unter Abänderung der Satzung beschlossen worden, den Sitz nach Blankenburg im Herzogtum Braunschweig zu verlegen; damit sei die Rechtsfähigkeit der Gewerkschaft erloschen und aus diesem Grunde sei der mit dem Kläger im Jahre 1913 abgeschlossene Vertrag rechtsunwirksam. Das OLG. erkannte auf Grund abgesonderter Verhandlung durch Zwischenurteil dahin, daß die Einwendungen der Beklagten, ihr fehle die Parteifähigkeit und der bezeichnete Vertrag sei deshalb nichtig, unbegründet seien. Die Revision der Beklagten wurde als unzulässig verworfen. Aus den Gründen:

„Revisionsfähig würde das angefochtene Urteil nur sein, wenn es ein Zwischenurteil nach § 275 Abs. 2 ZPO. wäre. Diese Auffassung wird jedoch durch den Gegenstand der Entscheidung ausgeschlossen. Sie verwirft nicht nur die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit, sondern erklärt zugleich einen in das Gebiet der sachlichen Verteidigung fallenden Einwand für unbegründet. Ein Urteil dieses Inhalts enthält keine abgesonderte Entscheidung über die prozeßhindernde Einrede und kann deshalb nicht als Zwischenurteil im Sinne der bezeichneten Vorschrift, sondern nur als ein solches nach § 303 ZPO. betrachtet werden, wobei zu berücksichtigen ist, daß nach Maßgabe dieser Vorschrift auch über prozessuale Rechtsbehelfe befunden werden kann (RGEntsch. 15, 399). Ob die Revisionsfähigkeit zu bejahen sein würde, wenn ersichtlich wäre, daß der Ber.-Richter trotz der Unzulässigkeit dieses Verfahrens ein Urteil nach § 275 Abs. 2 habe erlassen wollen, bedarf nicht der Erörterung. Der An-

nahme einer solchen Absicht steht entgegen, daß der Vorderrichter seine Entscheidung ausdrücklich als Zwischenurteil im Sinne von § 303 kennzeichnet und daß er nach der Verkündung Termin zur Fortsetzung der Verhandlung über die Hauptsache von Amts wegen anberaumt hat. Nach der Erlassung eines Urteils gemäß § 275 Abs. 2 wäre dies nur auf Antrag statthaft gewesen.

Wiewohl hiernach auf die von der Revision erhobenen Ausstellungen nicht einzugehen ist, soll zur Beseitigung der Zweifel, ob das Urteil eine sichere Grundlage für die Fortstellung des Ber.-Verfahrens bildet, folgendes bemerkt werden. Verfehlt ist allerdings der Versuch des Ber.-Gerichts, die durch die Verlegung ihres Sitzes nach Blankenburg der Auflösung verfallene Gewerkschaft (RG.-Entsch. 88, 53) mit Hülfe von § 140 BGB. als einen nicht rechtsfähigen Verein aufrechtzuerhalten. Dieser Ausweg kann, von anderen rechtlichen Bedenken abgesehen, schon deshalb nicht eingeschlagen werden, weil der dabei zu unterstellende Wille der Beteiligten nicht mit den wirtschaftlichen Zwecken vereinbar ist, welche bei der Entscheidung für die Rechtsform der Gewerkschaft maßgebend zu sein pflegen (wird ausgeführt). — Aus der Unhaltbarkeit der Erwägungen des Ber.-Gerichts kann indessen nicht mit der Revision gefolgert werden, daß die Gewerkschaft durch die Verlegung des Sitzes der Rechtspersönlichkeit verlustig gegangen ist. Sie trat vielmehr wie eine deutsche Aktiengesellschaft, die ihren Sitz in das Ausland verlegt — s. RGEntsch. 7, 68. 70 — in den Liquidationszustand und es blieb infolgedessen ihre Rechts- und Parteifähigkeit bestehen (vgl. RGEntsch. 59, 325). Ob aber hierdurch eine Beschränkung der Vertretungsmacht ihrer Organe auf den Liquidationszweck herbeigeführt wurde und ob der mit dem Kläger im Jahre 1913 abgeschlossene Vertrag im Rahmen dieses Zweckes liegt, kann auf sich beruhen. Denn solange sich die Auflösung der Gewerkschaft der Offenkundigkeit entzog, wurde die Wirksamkeit der von ihrem Vorstand mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte durch die Auflösung nicht berührt. Die gesetzliche Unterlage für diese Annahme bietet die Vorschrift in § 311 Abs. 2 HGB. — vgl. auch § 77 des Ges. betr. die Ges. m. b. H. und § 97 Abs. 2 des Genossenschaftsges. — dar, deren entsprechende Anwendung durch die Rücksichten auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs geboten und um so mehr gerechtfertigt ist, als die Gewerkschaft nach der Sitzverlegung in das Handelsregister des Amtsgerichts Blankenburg eingetragen wurde (§§ 2, 33 Abs. 1 HGB.) und zur Zeit des Vertragsabschlusses der Parteien noch eingetragen war. Zum mindesten braucht der Kläger, dessen guter Glaube in bezug auf das Fortbestehen der Gewerkschaft von der Beklagten nicht bestritten worden ist, deren Auflösung auf Grund der §§ 15 Abs. 1, 34 Abs. 1 HGB. nicht gegen sich gelten zu lassen."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 10. Mai 1918. Gewerkschaft H. w. S. (OLG. Braunschweig). III. 28/18.



230. Zur Frage der Zulässigkeit der Aussetzung der Verhandlung im Urkundenprozeß.

Vgl. Bd. 58 Nr. 88.

ZPO. § 148.

Die Beklagte hat durch den Vertrag v. 7. Sept. 1916 den Kläger als ihren Generalvertreter für mehrere preußische Provinzen bestellt und sich verpflichtet, ihm monatlich 500 *M* Gehalt und 800 *M* à conto Provision zu bezahlen, hat aber am 6. Juli 1917 das Vertragverhältnis außerordentlich gekündigt und verweigert die seit dem 1. Juli 1917 fälligen vertragmäßigen Leistungen. Der Kläger hat im Urkundenprozeß zunächst die am 1. Juli 1917 fällig gewesenen 1300 *M* eingeklagt und beim LG. ein obsiegliches Urteil erwirkt; dieser Rechtsstreit schwebt zurzeit in der Ber.-Instanz. Mit Klage im Urkundenprozeß v. 5. Sept. 1917 hat Kläger die am 1. Aug. und 1. Sept. 1917 fällig gewordenen Ansprüche in Höhe von 2600 *M* eingeklagt; die Beklagte wurde zur Zahlung dieses Betrages verurteilt und erhob dann im ordentlichen Verfahren Widerklage mit dem Antrag, es wolle der Vertrag v. 7. Sept. 1916 infolge außerordentlicher Kündigung für rechtsunwirksam erklärt und aufgehoben werden; am 15. Dez. 1917 erließ das Gericht Beweisbeschluß über die beiderseitigen Behauptungen. Mit Schriftsatz v. 19. Okt. 1917 klagte Kläger im Urkundenprozeß die am 1. Okt. 1917 fällig gewordene Gehalts- und Provisionsrate zu 1300 *M* ein. Das LG. setzte gemäß dem Antrag der Beklagten die Verhandlung nach § 148 ZPO. bis zur rechtskräftigen Entscheidung der sogenannten Widerklage aus, da die Frage, ob der Kläger die 1300 *M* für den Monat Oktober 1917 beanspruchen könne, ganz davon abhänge, ob der Agenturvertrag mit Grund vorzeitig gekündigt werden konnte. Auf die Beschwerde des Klägers wurde der landgerichtliche Beschluß aufgehoben und der Aussetzungsantrag der Beklagten zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Im Urkundenprozeß ist die Aussetzung nur anzuordnen, wenn sie nach der besonderen Lage des Falles unumgänglich notwendig ist (Förster-Kann ZPO[3]. I. S. 447), insbesondere kann eine Aussetzung wegen Einwendungen des Beklagten, die dieser nicht mit den in § 595 ZPO. bezeichneten Beweismitteln nachweisen kann, nur ausnahmsweise angemessen erscheinen, weil sonst der Zweck des Gesetzes, dem Kläger auf Grund der prima facie liquiden Klage eine schleunige, wenn auch nur provisorische Rechtshülfe zu gewähren, leicht vereitelt werden kann (JW. 1898, 68[4], SeuffA. 58 Nr. 88).

Im vorliegenden Fall kann die beklagte Partei die Rechtmäßigkeit ihrer außerordentlichen Kündigung mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln nicht beweisen; ihre hierauf gestützte Einwendung gegen den Klaganspruch mußte deshalb nach § 598 ZPO. als im Urkundenprozeß unstatthaft zurückgewiesen werden. Es würde nun dem Zweck des Urkundenprozesses geradezu entgegenlaufen, wenn die Verhandlung ausgesetzt würde, um der Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, im Nachverfahren eines anderen Ur-

kundenprozesses das Beweismaterial für ihre Einwendung vorzulegen und die erforderlichen Beweise durch Urkunden, Zeugen und Sachverständige erheben zu lassen (OLG. Rechtspr. 15, 103). Gewiß ist nicht zu verkennen, daß die Beklagte durch die vom Kläger bereits erwirkten und noch weiter zu erwirkenden vorläufig vollstreckbaren Urteile in Schaden kommen kann, jedenfalls insofern als ihr Kosten erwachsen, deren Erstattung zweifelhaft erscheint, allein das hängt eben mit der Eigenart des Urkundenprozesses zusammen; die Aussetzung der Verhandlung vermag dieser Umstand nicht zu rechtfertigen — — —"

Beschluß des OLG. München (2. Sen.) v. 19. Dez. 1917 i. S. B. w. G. Beschw.-Reg. 431/17. F—z.

231. Die gemeinsame Erklärung der Parteien über einen tatsächlichen Hergang erfüllt den Tatbestand des Geständnisses*; Nachweis des Irrtums bei Widerruf des Geständnisses**; Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung***.

*Vgl. 38 Nr. 347. **Vgl. 38 Nr. 348. ***Vgl. 41 Nr. 231; 42 Nr. 62; 50 Nr. 210. ZPO. § 288; ZPO. § 290; ZPO. §§ 156. 139.

Der Beklagte lud auf dem Zimmerplatze des Klägers mit einem Knechte seinen mit etwa acht Stämmen Langholz beladenen Wagen ab. Dabei kam ein Stamm ins Rollen und fiel dem Kläger auf den linken Fuß, der dadurch zerquetscht wurde. Der Schadenersatzanspruch des Klägers wurde vom LG. und OLG. für gerechtfertigt erklärt. Beide Gerichte legten ihrer Beurteilung die vom Kläger gegebene Darstellung des Sachverhalts zugrunde, nach welcher der Beklagte sich beim Abladen der Stämme gegen einen lose auf dem Wagen liegenden Stamm gestützt haben sollte, ohne Anstalten zu dessen Sicherung durch Einklemmen eines Holzscheites getroffen zu haben, wodurch dieser Stamm in Bewegung geraten und vom Wagen geglitten sei. Das Ber.-Gericht hielt den in zweiter Instanz angetretenen Beweis des Beklagten für die Unrichtigkeit dieser Darstellung für unerheblich, weil ein in erster Instanz abgegebenes Geständnis des Beklagten vorliege und nicht dargetan sei, daß es durch Irrtum veranlaßt sei. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision wurden verworfen mit folgender Begründung:

„— — — Der Kläger hat in der Klage vorgetragen, daß der Beklagte beim Abladen der schweren Stämme sich gegen einen lose auf dem Wagen liegenden Stamm angestemmt habe, wodurch dieser letztere in Bewegung geraten, vom Wagen herunter und dem Kläger auf den Fuß gefallen sei. Diese Darstellung hat der Beklagte in der Klagebeantwortung mit Hinzufügung in der Klage nicht angegebener Einzelheiten dahin bestätigt, daß er, im Begriffe, mit Hülfe seines Knechtes einen seitwärts liegenden Stamm mit der Schulter auszuheben, sich mit der linken Hand gegen den zu oberst liegenden Stamm gestemmt habe, der dann durch den starken Druck ins Rollen gekommen sei und im Fallen den Kläger getroffen habe. In dem Beweisaufnahmetermin vor dem beauftragten

Richter in erster Instanz haben beide Prozeßvertreter eine gemeinsame Erklärung über den Hergang des Unfalles abgegeben, worin es ebenfalls heißt, daß der Beklagte sich gegen einen hoch auf den übrigen liegenden Stamm stützte, so daß dieser zu Boden fiel. Diese gemeinsame Erklärung ist auch in den Tatbestand des Urteils der ersten Instanz aufgenommen, also von den Parteien zur Grundlage ihres Vortrags in der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil folgte, gemacht worden. Sie ist vom Ber.-Gericht ohne Rechtsirrtum dahin gewertet worden, daß sie ein Geständnis der vom Kläger behaupteten Tatsachen vom Hergange des Unfalls seitens des Beklagten enthalte, der damit die Darstellung des Klägers mit der Maßgabe einräumte, daß aus dem Gegenstemmen ein Aufstützen wurde. Beide Darstellungen decken sich inhaltlich in allem wesentlichen und die gemeinsame übereinstimmende Erklärung der Parteien will die vorgetragenen Tatsachen der richterlichen Würdigung entziehen, die gemeinsame Erklärung über den Hergang des Unfalls soll die Grundlage des Urteilsspruches bilden. Damit ist der Tatbestand eines Geständnisses gegeben (vgl. RGEntsch. 86, 145). Dieses Geständnis ist auch ein gerichtliches nach § 288 ZPO., und dies selbst dann, wenn es in der müdlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht nicht als solches wiederholt sondern nur von den Parteien aus der Beweisverhandlung berichtend vorgetragen worden ist. Denn gerichtlich ist ein Geständnis, wenn es im Laufe des Rechtsstreits vor dem Gericht abgegeben ist, sei es vor dem Prozeßgericht in der mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll des beauftragten oder ersuchten Richters, wie in § 288 ZPO. ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. RG. in SeuffA. 38 Nr. 347).

Auch der erste Schriftsatz des Beklagten in der Ber.-Instanz bleibt noch bei der Darstellung der gemeinsamen Erklärung der Parteien in dem Beweisaufnahmetermin der ersten Instanz. Erst ein weiterer Schriftsatz v. 11. Okt. 1917 ändert sie und erklärt die ‚gegnerische' Darstellung über den Hergang für unrichtig; ein Gegenstemmen gegen den herabgerollten Stamm habe nicht stattgefunden, sei auch schon wegen der Höhe des beladenen Wagens unmöglich gewesen. Erst jetzt habe der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten Gelegenheit gehabt, mit dem aus dem Felde beurlaubten Beklagten persönlich Rücksprache zu nehmen, wobei ihm die berichtigende neue Mitteilung gemacht worden sei. Der Stamm soll nach der neuen in der folgenden mündlichen Verhandlung vorgetragenen Darstellung des Beklagten irgendwie auf eine nicht aufzuklärende Weise ins Rollen gekommen sein. Der Beklagte hat als Zeugen über den Hergang jetzt seinen Knecht benannt, während der Kläger bei seiner Darstellung verblieben ist und auch seinerseits Zeugen über den Hergang nach seiner Behauptung angerufen hat. Mit der neuen Erklärung und Darstellung des Beklagten ist das frühere Geständnis der vom Kläger behaupteten Tatsachen hinsichtlich des Hergangs des Unfalls widerrufen. Zu einem rechtswirksamen Widerrufe des gerichtlichen Geständnisses gehört aber nach § 290 ZPO. neben dem Beweise, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche,

auch der, daß es durch einen Irrtum veranlaßt sei, und dieser letztere Nachweis erfordert die Glaubhaftmachung scheinbarer äußerer Tatsachen, die die Entstehung des Irrtums und der durch diesen verursachten unrichtigen Darstellung erklären (JW. 1902, 166 Nr. 16). Davon enthält indessen der vorgetragene Schriftsatz v. 11. Okt. 1917 nichts; ebensowenig der Tatbestand des Urteils des Ber.-Gerichts. Erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, zwischen dem Verhandlungs- und dem Verkündungstermine, ist der Beklagte mit einem Schriftsatze hervorgetreten, worin er den Irrtum des früheren Geständnisses darzutun versucht, indem er erklärt, daß der Beamte der Versich.-Gesellschaft den Rechtsanwalt des Beklagten in der ersten Instanz sachlich unterrichtet und die Angaben des Klägers gläubig seinen Mitteilungen zugrundegelegt habe; in diesem Schriftsatz ist gleichzeitig die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung erbeten worden, die das Ber.-Gericht indessen in einem besonderen Beschluß unter sachlicher Würdigung der vom Beklagten vorgebrachten Begründung des Widerrufs des Geständnisses abgelehnt hat. Das Gericht hatte nun aber nach § 156 ZPO. freie Hand, ob es die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung anordnen wollte oder nicht, verpflichtet ist ein Gericht dazu nur, wenn in der geschlossenen Verhandlung ein unbeachtet gebliebener Anlaß zur Ausübung der Fragepflicht vorhanden gewesen wäre; dann ist richtig nicht § 156, sondern § 139 ZPO. verletzt, und diese Verletzung dann Revisionsgrund (vgl. Warn. Rechtspr. 1908 Nr. 243, 1909 Nr. 324). Dieser Fall lag hier indessen nicht vor; denn das Ber.-Gericht hat nach der Feststellung im Tatbestande des Ber.-Urteils den Beklagten in der mündlichen Erklärung ausdrücklich gemäß § 139 ZPO. befragt, worauf seine erste unrichtige Darstellung des Unfalles beruhe; der Beklagte hat darauf erklärt, eine nähere Aufklärung nicht geben zu können. Unter diesen Umständen war auf eine rechtliche Würdigung der in dem verspäteten, erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatze des Beklagten zur Erklärung des Irrtums vorgebrachten Umstände nicht einzugehen; es muß von den Erklärungen der Parteien ausgegangen werden, wie sie beim Schlusse der mündlichen Verhandlung vorlagen, und nach diesen ist ein Widerruf des Geständnisses in rechtswirksamer Weise nicht erklärt worden, da es an einer Aufhellung des Irrtums, durch welchen das Geständnis veranlaßt sei, fehlt. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 13. Juni 1918. W. w. H. (OLG. Frankfurt). VI. 82/18.

---

232. Die nachträgliche Behauptung der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bei einem als unbedingt zugestandenen Vertragschluß enthält einen Widerruf des Geständnisses.

ZPO. § 290; BGB. 158.

Die Schadenersatzforderung des Beklagten, mit der er gegen die unstreitige Klageforderung von 1159,43 *M* aufrechnet, gründet sich darauf, daß der Kläger

durch Vertrag mit dem Beklagten das Eindecken von 8 Doppelhäusern des Arbeiterbauvereins D. übernommen, jedoch trotz Mahnung und Fristsetzung nicht ausgeführt habe (§ 326 BGB.). Der Kläger hat in der Ber.-Instanz neu behauptet, der Vertrag sei nur unter der auflösenden Bedingung geschlossen worden, daß er in S., wo er damals als Landsturmmann tätig gewesen sei, bliebe und nicht versetzt würde; er sei jedoch im Februar 1917 nach Sch. versetzt worden. Damit sei der Vertrag hinfällig geworden.

Hiermit kann der Kläger jedoch nicht mehr gehört werden, da er in erster Instanz den von dem Beklagten behaupteten unbedingten Vertragschluß zugestanden hat. Dieses Geständnis ist nicht zulässig widerrufen, da ein Irrtum nicht behauptet noch unter Beweis gestellt worden ist (§ 290 ZPO.). Der Kläger macht zwar geltend, es liege nicht der Widerruf eines Geständnisses, sondern die prozessual zulässige Behauptung einer neuen Tatsache vor; die auflösende Bedingung stelle sich als ein selbständiger Nebenvertrag dar, auf den sich Kläger auch in der Ber.-Instanz neu berufen könne (§ 529 Abs. 1 ZPO.). Aber dem ist nicht beizutreten. Denn auch die auflösende Bedingung bildet einen Teil der einheitlichen Vertragsabrede, ein auflösend bedingter Vertrag stellt einen anderen Tatbestand dar als ein unbedingt geschlossener. Wenn also in erster Instanz zugestanden war, daß der Vertrag fest und unbedingt zustandegekommen sei, während jetzt eine auflösende Bedingung behauptet wird, so wird damit eine in erster Instanz zugestandene Tatsache widerrufen, nicht wird eine neue Tatsache behauptet, die die früher zugestandene Tatsache unberührt läßt. Es finden daher die Vorschriften über das Geständnis Anwendung, nach denen der Widerruf hier unzulässig ist.

Urteil des OLG. Kiel (2. Sen.) v. 25. Juni 1918 R. w. F. (U II. 154/17). Schlesw.-Holst. Anz. 1918 S. 215.

---

233. Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Unterhaltsregelung nach § 627 ZPO. zwischen rumänischen oder ehemals rumänischen Ehegatten; Staatsverträge treten mit Ausbruch des Krieges zwischen den Vertragsstaaten außer Kraft.

ZPO. §§ 606 Abs. 1, 4; 627. EGBGB. Art. 17. 29; Haager Abkommen v. 12. 6. 02. Art. 6.

Klägerin hatte ihren Ehemann beim LG. Braunschweig, in dessen Bezirk beide ihren Wohnsitz haben, wegen Mißhandlung auf Ehescheidung verklagt, und der Beklagte hatte Widerklage wegen Ehebruchs erhoben. Den Antrag der Frau auf eine einstweilige Regelung der Unterhaltsverhältnisse nach § 627 ZPO. hatte das LG. durch Urteil abgelehnt, da Parteien rumänische Staatsangehörige seien und es ungewiß sei, ob dem Gerichte die Zuständigkeit überhaupt zustehe. Die Berufung hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Parteien sind Rumänen, haben aber bereits seit 25 Jahren ihren Wohnsitz in Braunschweig. Durch Art. 17 des rumänischen BGB. ist bestimmt,

daß die Eigenschaft eines Rumänen, abgesehen von dem Falle des Erwerbs einer fremden Staatsangehörigkeit und der eigenmächtigen Annahme eines fremdländischen Amtes auch verloren geht durch die Unterwerfung unter fremden Schutz für noch so kurze Zeit; daß sich Parteien durch ihren 25jährigen Aufenthalt dem Schutze des Deutschen Reichs unterworfen haben, kann kaum zweifelhaft sein. Ist das aber richtig, so haben Parteien die rumänische Staatsangehörigkeit verloren, ohne zugleich Deutsche geworden zu sein. Auf solchen Fall bezieht sich aber die Zuständigkeitsregelung von § 606 Abs. 4 ZPO. nicht, vielmehr gilt, wenn die Eheleute keinem Staate angehören, die Regel des Abs. 1 das. (RG. 70, 139). Hiernach würde das LG. Braunschweig ausschließlich zuständig gewesen sein.

Aber selbst wenn Parteien die rumänische Staatsangehörigkeit behalten hätten, wäre die Zuständigkeit des LG. begründet gewesen. Allerdings würde auf sie Art. 6 d. Haager Ehesch.-Abk., wonach die in Deutschland wohnenden Angehörigen der übrigen (auch Rumänen umfassenden). Vertragsstaaten bei dem Gerichte ihres Wohnsitzes eine einstw. Verfügung nach § 627 Abs. 1 auch dann erwirken können, wenn von ihnen eine Scheidungsklage im Inlande wegen Fehlens der Voraussetzung des § 606 Abs. 4 nicht erhoben werden darf, kaum Anwendung finden. Denn abgesehen von der Frage, ob dieses Abkommen überhaupt für vorher abgeschlossene Ehen Geltung hat (RG. JW. 1912, 642[14]), muß mit der wohl herrschenden Ansicht angenommen werden, daß alle zwischen den kriegführenden Staaten geschlossene Verträge, soweit sie nicht gerade für den Kriegsfall geschlossen sind, durch den Kriegsausbruch außer Kraft getreten sind (KG. in JW. 1916, 61, OLG. Nürnberg im Recht 1916, 409, OLG. Hamburg das. 1915, 409. 562, KG. in D. Jur.-Z. 1915, 317). Darnach würde also, wenn die Parteien Rumänen geblieben sein sollten, das LG. für die einstw. Verfügung nach §§ 606 Abs. 4 627 ZPO. nur zuständig sein, wenn das LG. auch nach den Gesetzen des Königreichs Rumänien für die Scheidungsklage zuständig sein würde. Für diese Frage ist es aber gleichgültig, ob Parteien auch jetzt noch Rumänen sind oder nicht. Nach Art. 17 u. 29 EGBGB. ist vielmehr das rumänische Recht auch dann anwendbar, wenn sie die rumänische Staatsangehörigkeit verloren haben, ohne eine andere zu erwerben.

Nun kann nach Art. 216 rum. BGB. ,die Klage auf Scheidung der Ehe aus bestimmtem Grunde ohne Rücksicht auf die Art der Tatsachen und Vergehen, durch die sie veranlaßt wird, nur bei dem LG. des Bezirks, wo die Ehegatten ihren Wohnsitz haben, erhoben werden.' Wohnsitz der Ehegatten ist hier unstreitig Braunschweig. Daß die Zugehörigkeit der Parteien zur mosaischen Religion der Scheidungsklage nicht entgegensteht, ergibt sich aus der amtlichen Auskunft des Verwaltungsstabes der D. Mil.-Verw. in Rumänien. Die Art. 211 u. 212 rum. BGB. aber lassen im übrigen keinen Zweifel, daß ein Ehescheidungsanspruch sowohl auf grobe Mißhandlungen, wie auf Ehebruch

gestützt werden kann. Hiernach steht die Zuständigkeit des hiesigen LG. für die einstw. Verfügung deshalb außer Zweifel."

Urteil des OLG. Braunschweig (1. Sen.) v. 22. Febr. 1918. W. 1 V. 5/18 A. H.

---

234. Begriff der Zwangsvollstreckungskosten.

Vgl. 72 Nr. 169.

ZPO. § 788.

Nach § 788 ZPO. fallen die Kosten der Zw.-Vollstreckung, soweit sie notwendig waren, dem Schuldner zur Last. Zu den Kosten der Zw.-Vollstreckung gehören alle Kosten, die unmittelbar zum Zwecke der Vorbereitung und des Betriebes der Vollstreckung gemacht sind, also auch die Kosten für die Beschaffung der formalen Vorbedingungen der Vollstreckung; nicht hierher gehören dagegen Aufwendungen, die zwar mittelbar der Vollstreckung dienen, die aber nicht für Vollstreckungsakte gemacht werden, wie die Kosten für die Beschaffung der zu leistenden Sicherheit. (Stein ZPO. Anm. I, 2 zu § 788: Seuffert 1b zu § 788; RG. bei Gruchot 41, 1183. OLG.Rspr. 13, 97).

Das LG. hat daher mit Recht die Provision, die die Klagepartei an die Kreditanstalt entrichten mußte, um die zur Vollstreckung des landgerichtlichen Urteils erforderliche Sicherheit zu erhalten, als nicht erstattungsfähig erachtet.

Beschluß des OLG. München (1. Sen.) v. 1. Juli 1918 i. S. K. w. P. Beschw.-Reg. 193/1918. F—z.

---

235. Unzulässigkeit eines Verteilungsverfahrens zwischen einem Pfändungsgläubiger und dem Zessionar des Schuldners.

ZPO. § 872.

Die Klägerin hatte eine ihrem Schuldner S. zustehende Forderung pfänden und sich überweisen lassen. Da auch andere Personen Ansprüche auf die Forderung erhoben, hinterlegte der Drittschuldner den geschuldeten Betrag. Das Amtsgericht in R. leitete ein Verteilungsverfahren ein und teilte dem Beklagten, nicht aber der Klägerin, Beträge zu. Die Klägerin erhob gegen den Teilungsplan die Widerspruchsklage. Das LG. erkannte gemäß ihrem Antrage dahin, daß der Widerspruch begründet sei und ein anderweitiges Verteilungsverfahren mit Aufstellung eines neuen Teilungsplans stattzufinden habe. Die Berufung des Beklagten wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Widerspruch der Klägerin wegen Unzulässigkeit des Verteilungsverfahrens für begründet erklärt, ihr weiterer Antrag abgewiesen wurde. Aus den Gründen:

„Das ganze Verteilungsverfahren war unzulässig. Es handelt sich im vorliegenden Fall um einen Wettbewerb zwischen einem Pfändungsgläubiger und Gläubigern, die ihr Recht auf eine Forderungsabtretung stützen. Für solche Fälle ist das Verteilungsverfahren der §§ 872ff. ZPO. nicht gegeben. Es dient lediglich der Regelung des Wettbewerbs verschiedener an Zw.-Vollstreckungen

beteiligter Gläubiger. Dies ergibt der Wortlaut und der Gesamtcharakter der einschlägigen Bestimmungen (vgl. auch RGZ. 49, 361; 51, 320. Stein, Komm. zur ZPO. zu § 872).

Die Klägerin hätte diesen Gesichtspunkt auch im Beschwerdeverfahren verfolgen können, ist aber darauf nicht beschränkt. Nachdem einmal das Verteilungsverfahren durchgeführt war, blieb der Klägerin nur der Weg der Klage aus § 878 ZPO. übrig. Aus dem Gesichtspunkt der Unzulässigkeit des Verteilungsverfahrens ist daher der Widerspruch der Klägerin begründet, dagegen ihr auf Anstellung eines neuen Teilungsplans und auf Einleitung eines anderweitigen Verteilungsverfahrens gerichteter Antrag, wie sich von selbst ergibt, unbegründet."

Urteil des OLG. zu Kiel (3. Ziv.-Sen.) v. 23. März 1918 i. S. Sch. w. T. (U III 169/17). Schlesw.-Holst. Anz. 1918 S. 83.

---

236. Bedeutung der der Eigentumseintragung mehrerer Miterben im Grundbuch beigefügten Worte „zu gleichen Teilen".

Vgl. 65 Nr. 181 m. N.
GBO. § 48; BGB. §§ 892. 1008. 2032.

In der ersten Abteilung des Grundbuchblattes eines Grundstücks standen sechs einzeln aufgeführte Personen „als Miterben zu gleichen Teilen" als Eigentümer eingetragen, wobei in Spalte 3 vermerkt war, daß die Eintragung auf Grund des Erbscheins v. 1. Mai 1906 erfolgt sei. Einer dieser Miteigentümer hatte auf seinen Anteil eine Hypothek eintragen lassen, über deren Rechtsbeständigkeit Streit entstand. Das Ber.-Gericht sah die Hypothek als nichtig an, weil dem Besteller kein Miteigentumsanteil i. S. des § 1114 BGB. an dem Grundstück zugestanden habe. Die Revision rügte Verletzung des § 48 GBO. und führte aus, es sei die fragliche Eigentumseintragung als Bekundung des Bestehens einer Bruchteilsgemeinschaft der Eigentümer unter Angabe ihrer Eigentumsanteile aufzufassen und deshalb wäre, wenngleich nach den Eintragungsgrundlagen das Eigentum an den Grundstücken den Erben in Wirklichkeit noch ungeteilt zugestanden habe, doch dem Erwerber der auf den Anteil eines der Miterben eingetragenen Hypothek nicht die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu versagen gewesen. Die Rüge wurde verworfen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Eigentumseintragung läßt eine andere Deutung als die, welche der Ber.-Richter ihr gibt, nicht zu. Nach § 48 BGO., der nur eine Ordnungsvorschrift enthält, soll, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Darnach ist allerdings zwischen Angabe der Anteile in Bruchteilen und Bezeichnung des Gemeinschafts-

verhältnisses unterschieden. Jedoch ist daraus nicht zu folgern, daß die Eintragung der hier in Rede stehenden sechs Personen in Abt. I, Spalte ‚Eigentümer', wegen des Zusatzes ‚zu gleichen Teilen' dahin zu verstehen sei, es seien die sechs Personen Miteigentümer nach Bruchteilen (§ 1008 BGB.), die einander gleich seien, also je 1/6 betrügen. Eine solche Deutung wird ausgeschlossen durch die zwischen der Bezeichnung der sechs Personen und den Worten ‚zu gleichen Teilen' befindlichen Worte ‚als Miterben' und durch den Vermerk in Spalte ‚Grund des Erwerbes': ‚Auf Grund des Erbscheins v. 1. Mai 1906 eingetragen'. Daraus erhellt zweifelsfrei, daß vermerkt ist, es ständen den sechs Personen, die sich durch Erbschein als Erben ausgewiesen hätten, wie der gesamte Nachlaß ihres Erblassers so auch die zu dem Nachlasse gehörigen Grundstücke als gemeinschaftliches Erbschaftsvermögen (§ 2032 BGB.) zu, und zwar in der Weise, daß sie zu gleichen Teilen an dieser Gemeinschaft beteiligt seien. Anders mag der genannte Zusatz beispielsweise bei einer Eigentumseintragung von Eheleuten, die in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, zu verstehen sein. In solchem Falle mag, wenn zu der Bezeichnung der Eheleute lediglich die Worte ‚zu gleichen Teilen' hinzugesetzt sind, nicht eine Eintragung des Gütergemeinschaftsverhältnisses, sondern die Eintragung eines Miteigentums je zur Hälfte anzunehmen sein, weil eine Zuweisung von Sonderanteilsrechten für jeden Ehegatten dem Wesen der ehelichen Gütergemeinschaft widerspreche und ein alleiniger Zusatz ‚zu gleichen Teilen' zu der Bezeichnung mehrerer Eigentümer im allgemeinen auf Miteigentum nach Bruchteilen hindeute (vgl. KG. Jahrb. 29A, 183). Vorliegend aber ergeben die zwischeneingesetzten Worte ‚als Miterben' und die Angabe des Erbscheins als Eintragungsgrundlage deutlich, daß die sechs Personen als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen sind und daß die Worte ‚zu gleichen Teilen' sich nicht als Kennzeichnung eines Miteigentums nach Bruchteilen, sondern als Angabe der Art der Beteiligung der Eingetragenen an ihrer Erbengemeinschaft darstellen." — — —

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 23. März 1918. S. u. B. w. R. (Kl.). (OLG. Hamm.) V. 371/17.

Register

über

den 18. Band der dritten Folge (der ganzen Reihe 73. Band) des Archivs für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

(Die Zahlen bedeuten den Platz in der Aufeinanderfolge, die Nummer.)

Erster Teil.

Bürgerliches Recht.

I. Die allgemeinen Lehren.

1. Die Rechtsregeln.

A. Gesetzliches Recht.

Zur Auslegung der §§ 1611 Abs. 2 und 1921 Abs. 2 BGB. 139. — Zur Auslegung des § 21 Versicherungsvertrags-Ges. 131. — Bedeutung des „gewöhnlichen Aufenthalts" i. S. des § 6 Abs. 2 ErbschStGes. 134. — Bedeutung des „Dienst- und Arbeitsverhältnisses" i. S. des § 13. ErbschStGes. 183. — Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen richtet sich nach der zur Zeit des Inkrafttretens des GVG. herrschenden Anschauung. 208.

B. Hergebrachtes Recht.

Beamtenhaftung nach sächsischem Gewohnheitsrecht. 132. — Die Bestimmung über das Begräbnis steht dem nächsten Verwandten des Verstorbenen zu. 227.

C. Wirksamkeit des Rechts.

a) Zeitliche.

Eine Verordnung, die mit dem Tage ihrer Verkündung in Kraft treten soll, gilt vom Beginn dieses Tages an. 90.

b) Örtliche (EGBGB. Art. 7—31).

§ 17. Ehescheidung schwedischer Staatsangehöriger; keine Scheidung wegen Beschimpfung und Verleumdung; keine Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. 192. — Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Unterhaltsregelung nach § 627 ZPO. zwischen rumänischen Ehegatten. 233.

§ 25. Beerbung eines im Ausland außerhalb seines Heimatstaats gestorbenen Ausländers nach den Gesetzen des Heimatstaats. 110.

§ 29. Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Unterhaltsregelung nach § 627 ZPO. bei ehemals rumänischen Ehegatten. 233.



2. Personen.

A. Natürliche Personen (BGB. §§ 1—20).

B. Juristische Personen.

a) Vereine (§§ 21—79).

b) Stiftungen. (§§ 80—88).

C. Juristische Personen öffentlichen Rechts (§ 89).

3. Sachen (§§ 90—103).

4. Rechtsgeschäfte.

A. Willenserklärung (§§ 116—144).

bei einem als unbedingt zugestandenen Vertragschluß enthält einen Widerruf des Geständnisses. 232.

E. Vertretung. Vollmacht (§§ 164—181).

§ 166. Das Pfändungspfandrecht kann nicht wegen schlechten Glaubens des pfändenden Gerichtsvollziehers angefochten werden. 88.

§ 177 ff. Die §§ 177 ff. BGB. finden auf die Vertretung der Aktiengesellschaft, soweit diese durch das HGB. geregelt ist, keine Anwendung. 207. — Beamtenhaftung nach sächsischem Gewohnheitsrecht. 132.

F. Einwilligung. Genehmigung (§§ 182—185).

§ 185. Die einseitige Verfügung eines Gesamthänders über seinen Anteil kann durch Genehmigung wirksam werden. 71.

5. Fristen. Termine (§§ 186—193).

§ 186 ff. Eine Verordnung, die mit dem Tage ihrer Verkündung in Kraft treten soll, gilt vom Beginn dieses Tages an. 90.

6. Verjährung (§§ 194—225).

§ 196[1]. Zweijährige Verjährungsfrist des Mäklerlohns eines Kaufmanns. 115.

§ 198. Verjährung der Ersatzklage gegen den Liquidator einer Gesellschaft m. b. H. wegen unrichtiger Verteilung. 16.

§ 206 ff. Klageerhebung bei einem örtlich unzuständigen Gericht ist auch zur Wahrung einer vertraglichen Ausschlußfrist nicht geeignet. 197.

§ 208. Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung. 196.

§ 217. Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung. 196.

§ 225. Umwandlung einer Zinsenschuld in eine Darlehnsschuld. Folgen für die Verjährung und für die Verzinsung. 70.

II. Recht der Schuldverhältnisse.

1. Inhalt der Schuldverhältnisse.

A. Verpflichtung zur Leistung (§§ 241—292).

§ 242. Gültigkeit einer mündlichen Abrede neben dem Inhalt des Bestätigungsschreibens? 152. — Die Untersuchung der Ware auf Mängel hat sich unter Umständen auch auf die Verpackung der Ware zu erstrecken. 184. — Erfüllungsort für die Zahlung der Versicherungssumme. 197. — Erlöschen des Erfüllungsanspruchs des Käufers bei Verzögerung der Versanddisposition und Schweigen auf die Erfüllungsweigerung des Verkäufers. 193. — Rücktritt des Verkäufers, wenn die zum Vertrieb im Ausland verkaufte Ware im Inland abgesetzt werden soll. 94. — Rücktritt vom Vertrage wegen vertragwidrigen Verhaltens des Gegners bei Probelieferungen. 155.

§ 243. Unmöglichkeit der Leistung bei beschränkter Gattungsschuld. 218. — Spezieskauf bei zukünftigen Sachen. 153.

§ 244. Zahlung auf Grund der Klausel: Umrechnungskurs 100 ℳ = 125 Fr. 215. — Die Zahlung einer in ausländischer Währung ausgedrückten Geldschuld hat bei Verzug des Schuldners, wenn sie in inländischer Währung erfolgt, nach dem Kurswert am Zahlungstage zu geschehen. 216.

§ 248. Umwandlung einer Zinsenschuld in eine Darlehnsschuld; Folgen für die Verjährung und für die Verzinsung. 70.

§ 249. Umfang der zu ersetzenden Herstellungskosten, wenn der Beschädigte die Herstellung selbst ausführt. 4. — Zeitpunkt für die Berechnung des vom Käufer wegen

Nichterfüllung verlangten abstrakten Schadenersatzes. 66. — Einfluß der Verordnung gegen übermäßige Preissteigerung auf die abstrakte Schadenberechnung des Käufers. 112. — Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage. 52.

§ 252. Klage des Käufers auf Schadenersatz oder Preisminderung, obgleich die Sache mit Gewinn weiterverkauft war. 7.

§ 254. Mitwirkendes Verschulden des Hinterlegers an der Entstehung des Zinsverlustes bei Hinterlegung in bar statt in Wertpapieren, 212. — Verschulden des Käufers durch Nichtannahme der nach Ablauf der Nachfrist vom Verkäufer angebotenen Erfüllung. 49. — Inwieweit haben Gewerbetreibende ihre Ladentische reinzuhalten? 119. — Inwieweit ist dem durch einen Eisenbahnunfall Beschädigten ein Berufswechsel anzusinnen, der eine Vorbildung erfordert? 77.

§ 259. Beanstandung einer äußerlich ordnungsmäßigen Abrechnung. 199.

§ 266. Keine Zurückweisung der Leistung wegen Fehlens eines verhältnismäßig geringfügigen Teils. 217.

§ 269. Vereinbarung des Erfüllungsortes bei widersprechenden Bestätigungsbriefen. 174. — Begründung des Erfüllungsorts durch Schweigen auf die ihn angebende Schlußnote. 2. — Erfüllungsort für die Zahlung der Versicherungssumme. 197. — Erfüllungsort bei inländischem Abladegeschäft. 95. — Reisegefahr beim überseeischen Abladegeschäft. 97.

§ 273. Zurückbehaltungsrecht wegen ganz geringer Gegenforderung? 130. — Zurückbehaltungsrecht der Frau an Sachen des Gesamtguts wegen Vorenthaltung von Vorbehaltsgut. 162.

§ 275. Unmöglichkeit der Vertragserfüllung infolge einer durch die Kriegsdauer bedingten Veränderung der Verhältnisse. 154. — Vertretbarkeit des bei dem Vertragsschluß vorausſehbaren Eintritts der Lieferungsunmöglichkeit. 175.

§ 278. Aus einer Verletzung seiner Aufsichtspflicht haftet Dritten nur der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. 35.

§ 279. Unmöglichkeit der Leistung bei beschränkter Gattungsschuld. 218.

§ 281. Ersatzanspruch aus § 281 BGB. bei beschränkter Gattungsschuld. 219. — Ersatzanspruch bei Spezieskauf zukünftiger Sachen. 153.

§ 284. Eintritt des Verzuges ohne Mahnung. 218. — Kann der persönliche Schuldner aus einer Hypothek gegen die Zinsenforderung einwenden, daß er nicht gemahnt sei? 116. — Die auf die volle vertragmäßige Gegenleistung gerichtete Aufforderung des Verkäufers setzt den zur Minderung berechtigten Käufer nicht in Verzug. 200. — Anspruch des Sicherheit leistenden Gläubigers auf Ersatz des durch die Hinterlegung entstehenden Zinsverlustes. 212.

§ 286/7. Schadenersatzpflicht des im Verzug befindlichen Schuldners trotz nachträglich eingetretener Unmöglichkeit. 218. — Nach Eintritt des Verzuges haftet der Schuldner für eine durch Zufall eintretende Erschwerung der Leistung. 176. — Zeitpunkt für die Berechnung des vom Käufer wegen Nichterfüllung verlangten abstrakten Schadenersatzes. 66. — Die Zahlung einer in ausländischer Währung ausgedrückten Geldschuld hat bei Verzug des Schuldners, wenn sie in inländischer Währung erfolgt, nach dem Kurswert am Zahlungstage zu geschehen. 216.

2. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

A. Begründung und Inhalt der Verträge (§§ 305—319).

§ 306. Nichtigkeit eines Lizenzvertrags wegen der Unmöglichkeit, das zur Ausnutzung übertragene Patent wirtschaftlich auszunutzen. 166.

§ 313. Die formungültige Änderung einer Vertragsbestimmung macht einen formgültigen Vertrag nicht ungültig. 96.

§ 315. Kauf zu „einem noch zu vereinbarenden Preise"; liegt ein fester Kauf vor? 156.

B. Gegenseitiger Vertrag (§§ 320—327).

3. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Aufrechnung (§§ 387—396).

4. Übertragung der Forderung (§§ 398—413).

5. Schuldübernahme (§§ 414—419).

6. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (§§ 420—432).

7. Einzelne Schuldverhältnisse.

A. Kauf.

a) Allgemeine Vorschriften (§§ 433—458).

§ 433. Kauf zu „einem noch zu vereinbarenden Preise"; liegt ein fester Kauf vor? 156. — Bedeutung des Angebots „freibleibend". 114. — Unwirksamkeit eines unter der Abrede der Beschaffung der Ausfuhrbewilligung abgeschlossenen Kaufvertrags bei Versagung der Genehmigung; Dauer des Schwebezustandes. 177. — Anwendung des § 326 BGB. bei Verzug des Käufers mit der Abnahme und Untersuchung der Ware. 201.

§ 434. Eigenschaften einer Sache; der Wert des Auszuges ist keine Eigenschaft des belasteten Grundstücks. 178. — Verpflichtung des Verkäufers, die Kosten von Ausbesserungen zu tragen, die dem Mieter vor dem Verkauf des Grundstücks zugesagt waren. 117.

§ 439. Verpflichtung des Verkäufers, die Kosten der Ausbesserungen zu tragen, die dem Mieter vor dem Verkauf des Grundstücks zugesagt waren. 117. — Sächsische Landeskulturrenten sind keine Rentenschulden i. S. d. BGB. 6.

§ 447. Reisegefahr beim überseeischen Abladegeschäft. 97.

b) Gewährleistung wegen Mängel der Sache (§§ 459—493).

§ 459. Eigenschaften einer Sache; der Wert eines Auszuges ist keine Eigenschaft des belasteten Grundstücks. 178.

§ 462. Anwendbarkeit des § 326 BGB. bei außergerichtlichem Wandelungsvollzug? 221.

§ 463. Eigenschaften einer Sache; der Wert eines Auszuges ist keine Eigenschaft des belasteten Grundstücks. 178.

§ 467. Anwendbarkeit des § 326 BGB. bei außergerichtlichem Wandelungsvollzug? 221.

§ 472. Klage des Käufers auf Schadenersatz oder Preisminderung, obgleich die Sache mit Gewinn weiterverkauft war. 7.

§ 477. Hat die Vereinbarung einer sechsmonatigen Garantiefrist Einfluß auf die sechs-monatige Verjährung des Gewährleistungsanspruchs? 98.

B. Schenkung (§§ 516—524).

§ 518 II. Schenkung eines Sparkassenguthabens. 8.

C. Miete. Pacht.

a) Miete (§§ 535—580).

§ 531. Überlassung einer Tanzvergnügungen gewidmeten Wirtschaft; Miete oder Pacht? 223. — Überlassung eines Tanzsaales zu Lichtspielvorführungen; Miete oder Pacht? 224.

§ 537. Aufhebung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragmäßigen Gebrauch durch Kriegsmaßnahmen. 99. — Keine Minderung des Mietzinses wegen allgemeiner Schließung der Lichtspielunternehmungen. 224. — Minderung des Pachtzinses für ein Tanzlokal wegen behördlichen Tanzverbots. 223. — Schutzlosigkeit eines vermieteten Grundstücks gegen ungewöhnliche Hochfluten; ob vertretbarer Mangel? 118.

§ 542. Vgl. 537.

§ 556. Gerichtsstand des Vertrages bei der Klage auf Rückgabe vermieteter Gegenstände oder Schadenersatz. 19. — Konkurs des Mieters; Kündigung durch den Konk.-Verwalter; Anspruch des Vermieters auf Rückgabe und Wiederherstellung der Wohnung als Masseschuld. 26.

§ 559. Beim Bestehen mehrerer Mietverträge ergreift das Vermieterpfandrecht wegen des einen Mietobjekts nur die in dieses eingebrachten Sachen. 157.




Digitized by Google

K. Spiel und Wette (§§ 762—764).

§ 764. Der Differenzeinwand verstößt auch dann nicht gegen die guten Sitten, wenn er schon beim Vertragschluß beabsichtigt war. 72. — Bloße Sicherheitsleistungen in Warengeschäften sind nicht Leistungen auf Grund des Geschäftes. 29.

L. Bürgschaft (§§ 765—778).

§ 765. Der Anspruch des Agenten auf Provision für die gutgesagte Erfüllung setzt die Erfüllung des Geschäfts voraus. 141.

§ 767. Recht des Bürgen einer Hypothek, sich auf eine gemäß § 8 der BRBO. vom 8. Juni 1916 getroffenen Anordnung zu berufen. 50.

§ 768. Die Befristung des Hypothekschuldners nach der BRBO. vom 8. Juni 1916 kommt auch dem Bürgen zugute. 73.

M. Vergleich (§ 779).

§ 779. Zustandekommen des Vergleichs trotz mangelnder Übereinstimmung des inneren Willens der Beteiligten. 204. — Keine Anfechtung des Prozeßvergleichs auf Gunrd des § 323 ZPO.; Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums. 180.

N. Scheckgesetz v. 11. März 1908.

§ 8. Der Tod eines Beteiligten ist auf die Auszahlung eines Schecks ohne Einfluß. 181. — Über die Haftung der Bank aus einem gefälschten Scheck. 74.

O. Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793—808).

§ 808. Schenkung eines Sparkassenguthabens. 8.

P. Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812—822).

§ 812. Unberechtigte Verwendung eines Bauentwurfs; ungerechtfertigte Bereicherung. 51. — Bei Unterlassung der Rüge kann der für angebliches Fehlgewicht zu viel gezahlte Kaufpreis nicht zurückgefordert werden. 143. — Eingetr. Genossenschaft, Nachschußforderung des Konk.-Verwalters; kann ein Genosse Zahlung vorschützen, wenn er die Haftsumme schon an den Liquidator bezahlt hatte? 36.

Q. Versicherungsvertrag mit Ausnahme der Seeassekuranz.

a) Versicherungsvertragsgesetz vom 30. Mai 1908.

§ 6. Unfallversicherung des Abonnenten einer Zeitung. Hinfälligkeit von Verwirkungsklauseln nach § 6 VersVertrGes. 102. — Kein Anfechtungsrecht des Versicherers wegen Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft des versicherten Gegenstandes. 225.

§ 17—21. Kein Anfechtungsrecht des Versicherers wegen Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft des versicherten Gegenstandes. 225.

§ 21. Rücktritt des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalls wegen verletzter Anzeigepflicht; zur Auslegung des § 21 VersVG. 131.

§ 39. Verzug des Versicherten mit der Prämienzahlung; wie muß die Fristsetzung des § 39 VersVG. beschaffen sein? 11.

§ 48. Erfüllungsort für die Zahlung der Versicherungsumme. 197.

b) Reichs-Versicherungsordnung v. 19. Juli 1911.

§ 903. Der Tatbestand des § 903 RVO. erfordert Voraussehbarkeit des Schadens. 158.

§ 907. Verjährungsfrist für den Rückgriff der Berufsgenossenschaft gegen den Unternehmer, wenn die Klage erst nach Inkrafttreten der RVersOrdnung erhoben ist. 75.

§ 913. Betriebsleiter i. S. des § 913 RVO. 158.

R. Unerlaubte Handlungen.

a) BGB. §§ 823—853.

§ 823. Inwieweit haben Gewerbetreibende die Ladentische reinzuhalten? 119. — Begründung des abgewiesenen Schadenanspruchs mit einer neuen Schadensursache;



III. Sachenrecht.

1. Besitz (§§ 854—872).

2. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 873—902).

3. Eigentum.

A. Inhalt des Eigentums (§§ 903—924).

B. Erwerb und Verlust des Eigentums.

a) Übertragung beweglicher Sachen (§§ 929—936).

b) Verbindung. Vermischung (§§ 946—952).

C. Ansprüche aus dem Eigentum (§§ 985—1007.)

D. Miteigentum (§§ 1008—1011).

4. Dienstbarkeiten (§§ 1018—1093).

5. Reallasten (§§ 1105—1112).

6. Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld (§§ 1113—1203).

7. Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten (§§ 1204—1296).

§ 1279. Anwendung des § 68 KO. auf den Fall der Pfandbestellung. 89.

§ 1280. Schuldrechtliche Wirkung der Verpfändung einer Lebensversicherung ohne Anzeige an den Drittschuldner. 226.

IV. Familienrecht.

1. Bürgerliche Ehe.

A. Wirkungen der Ehe im allgemeinen (§§ 1353—1362).

§ 1361. Die Unterhaltsrente der getrennt lebenden Ehefrau unterliegt nicht der Verwaltung und Nutznießung des Mannes. 79. — Kein Recht der getrennt lebenden Ehefrau auf Sicherstellung ihrer Unterhaltsrente. 122.

B. Eheliches Güterrecht.

a) Gesetzliches Güterrecht (§§ 1363—1431).

§ 1363. Der Ehemann im gesetzlichen Güterstande kann auch den Anspruch der Frau auf Schmerzengeld in eigenem Namen einklagen. 31. — Die Unterhaltsrente der getrennt lebenden Ehefrau unterliegt nicht der Verwaltung und Nutznießung des Mannes. 79.

§ 1369. Voraussetzungen für die Bestellung eines Vorbehaltsguts; Zurückbehaltungsrecht der Frau an Sachen des Gesamtguts wegen Vorenthaltung von Vorbehaltsgut. 162.

§ 1380. Der Ehemann im gesetzlichen Güterstande kann auch den Anspruch der Frau auf Schmerzengeld in eigenem Namen einklagen. 31.

§ 1387. Keine Kostenvorschußpflicht des verklagten Ehemannes für eine aussichtlose Klage der Frau. 80.

§ 1395. Die Aufhebung der Verfügungsbeschränkung der Frau ist im Grundbuch nicht eintragbar. 122.

§ 1421. Anspruch auf Herausgabe des eingebrachten Gutes nach der Scheidung; Einwilligung der Frau in den Verbrauch? 123.

b) Vertragmäßiges Güterrecht (§§ 1432—1557).

§ 1435. Die Aufhebung der Verfügungsbeschränkung der Frau ist im Grundbuch nicht eintragbar. 122.

§ 1489. Haftung des überlebenden Ehegatten für seine auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Überschuldung des Gesamtguts. 205.

C. Scheidung der Ehe (§§ 1564—1587).

§ 1568. Zerrüttung der Ehe durch fortwährendes Vorhalten eines Ehebruchs. 32. — Ehescheidung wegen Verbrechens und Verurteilung; Beweis des Empfindens der Ehrlosigkeit durch den andern Eheteil. 55.

§ 1579. Wieweit gehört das Mobiliar der Frau zu dem Stamme ihres Vermögens i. S. des § 1579 Abs. 2 BGB.? 137.

§ 1580. Kein Recht der getrennt lebenden Ehefrau auf Sicherstellung ihrer Unterhaltsrente. 122.

2. Verwandtschaft.

A. Unterhaltspflicht (§§ 1601—1615).

§ 1602. Die Dauer der Unterhaltspflicht von Verwandten ist im Urteil festzusetzen. 15.

§ 1611. Zur Auslegung des § 1611 Abs. 2 BGB. 139.

§ 1612. Unterhaltspflicht des Vaters gegen seinen ihm von der Ehefrau vorenthaltenen Sohn. 138. — Die Dauer der Unterhaltspflicht von Verwandten ist im Urteil festzusetzen. 15.

§ 1615. Die Dauer der Unterhaltspflicht von Verwandten ist im Urteil festzusetzen. 15.

B. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder. (§§ 1616—1698).

§ 1621. Zur Auslegung des § 1621 Abs. 2. BGB. 139.

C. Annahme an Kindesstatt (§§ 1741—1772).

§ 1741 EinfG. 209. Darf der Eingekindschaftete auf den Pflichtteil gesetzt werden? 57.

V. Erbrecht.

1. Rechtliche Stellung des Erben. (§§ 1942—2063).

§ 1945. Erbschafts-Ausschlagung vor einem ersuchten Richter? 56.

§ 1968. Die Bestimmung über das Begräbnis eines Verstorbenen steht dem nächsten Verwandten zu. 227.

§ 1980. Haftung des überlebenden Ehegatten für seine auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Überschuldung des Gesamtguts. 205.

§ 2032. Bedeutung der der Eigentumseintragung der Miterben beigefügten Worte „zu gleichen Teilen." 236.

2. Testament (§§ 2064—2273).

§ 2212. Klage des Miterben auf Feststellung seines Erbrechts gegen den Testamentsvollstrecker. 163.

3. Pflichtteil (§§ 2303—2338).

§ 2303. Darf der Eingekindschaftete auf den Pflichtteil gesetzt werden? 57.

§ 2306. Für die Notwendigkeit der Erbschaftsausschlagung im Falle des § 2306 BGB. ist das Verhältnis zwischen dem Werte des Hinterlassenen und dem rechnerischen Betrage des Pflichtteils maßgebend. 206.

§ 2333. Klage des Erblassers gegen den Pflichtteilberechtigten auf Feststellung des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils. 139.

§ 2338. Unpfändbarkeit der Nutzungen eines nach § 2338 BGB. beschränkten Pflichtteils. 107.

VI. Handelsrecht.

1. Handelsstand.

A. Handelsregister (HGB. §§ 8—16).

§ 15. Eintritt als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns. Haftung für bestehende Geschäftsverbindlichkeiten auch ohne Eintragung. 33.

B. Handelsfirma (§§ 17—37).

§ 25. Übernahme des Vermögens einer off. Handelsgesellschaft; keine Haftung aus § 419 BGB. für die Schulden. 67.

§ 28. Eintritt als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns. Haftung für bestehende Geschäftsverbindlichkeiten auch ohne Eintragung. 33.

C. Handelsbücher (§§ 38—47).

§ 40. In besonderen Fällen ist bei der Auseinandersetzung der stillen Gesellschaft der Geschäfts- und Firmenwert in die Bilanz einzustellen. 228.

D. Handlungsgehülfen und Lehrlinge (§§ 59—83).

§ 60. Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Angestellter sich zum Wettbewerb ein Verzeichnis der Bezugs- und Abnahmequellen seines Geschäftsherrn anfertigt. 133.



VII. Gewerberecht.

1. Gewerbeordnung.

2. Patentrecht (Ges. v. 7. April 1891).

3. Kaufmannsgerichte (Ges. v. 6. Juli 1904).

Zweiter Teil.

Verfahren.

I. Allgemeine Lehren.

1. Zulässigkeit des Rechtsweges.

2. Gerichtsverfassung (GVG.).

3. Rechtsanwaltschaft.

a) Rechtsanwaltsordnung.

b) Rechtsanwalts-Gebührenordnung.

4. Gerichtskosten (GKG.).

II. Zivilprozeß-Verfahren.

1. Allgemeine Bestimmungen.

A. Gerichte.

a) Gerichtsstand (§§ 12—37).

§ 21. Niederlassung i. S. des § 21 ZPO. 167.

§ 29. Begründung des Erfüllungsorts durch Schweigen auf die ihn angebende Schlußnote. 2. — Gerichtsstand des Vertrages bei der Klage auf Rückgabe vermieteter Gegenstände oder Schadenersatz. 19. — Klageerhebung bei einem örtlich unzuständigen Gericht ist zur Wahrung einer vertraglichen Ausschlußfrist nicht geeignet; Erfüllungsort für die Zahlung der Versicherungsumme. 197.

b) Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen (§§ 41—49).

§ 42. Keine Anwendung der Vorschriften über Ablehnung der Gerichtspersonen im Verfahren vor den Mieteinigungsämtern. 187.

B. Parteien.

a) Partei- und Prozeßfähigkeit (§§ 50—58).

§ 50. Verwerfung der Einrede der mangelnden Parteifähigkeit durch Zwischenurteil nach § 303 ZPO.; Fortbestehen der Rechtspersönlichkeit einer Gewerkschaft nach der Auflösung. 229.

§ 52. Zulässigkeit der Beschwerde eines Prozeßunfähigen. 41.

b) Beteiligung Dritter am Rechtsstreit (§§ 64—77).

§ 66 II. Ist die Verbindung der Beitrittserklärung auf eine Streitverkündung mit der Einlegung der Berufung zulässig? 20. — Rechtliches Interesse des betreibenden Gläubigers zur Nebenintervention zugunsten des verklagten Zwangsverwalters. 59. — Der die Klage zurücknehmende Kläger trägt die Kosten des Nebenintervenienten des Beklagten auch im Fall eines Vergleichs. 146. — Kosten der Nebenintervention, wenn infolge Vergleichs der Parteien die Klage fallen gelassen wird. 147.

§ 67. Der Nebenintervenient kann sein Rechtsmittel nicht verfolgen, wenn die unterstützte Hauptpartei das ihrige zurückgezogen hat. 32.

§ 70. Ist die Verbindung der Beitrittserklärung auf eine Streitverkündung mit der Einlegung der Berufung zulässig? 20.

§ 72. Rechtliches Interesse des betreibenden Gläubigers zur Nebenintervention zugunsten des verklagten Zwangsverwalters. 59.

§ 74 ff. Ist die Verbindung der Beitrittserklärung auf eine Streitverkündung mit der Einlegung der Berufung zulässig? 20.

§ 75. Rechtsstellung des Hauptintervenienten im Fall des § 75 ZPO. 145.

c) Prozeßkosten (§§ 91—107).

§ 91. Kläger muß die Prozeßkosten tragen, wenn der Klagebetrag vor Zustellung der Klage bezahlt wird. 83. — Kostenpflicht, wenn die Klage ohne Zutun des Klägers erledigt wird. 84. — Prozeßkosten beim Unterliegen des Klägers auf Grund einer Aufrechnung. 85. — Kosten der Abtretungsurkunde über den Klaganspruch sind nicht erstattungsfähig. 125. — Begriff der Mehrkosten i. S. des § 18 Abs. 5 RAO. 60.

§ 101. Kosten der Nebenintervention, wenn infolge Vergleichs der Parteien die Klage fallen gelassen wird. 147. — Der die Klage zurücknehmende Kläger trägt die Kosten des Nebenintervenienten des Beklagten auch im Fall eines Vergleichs. 146.

§ 104. Die Beschwerdefrist läuft nicht vor der Zustellung der im Kostenfestsetzungsbeschluß in Bezug genommenen Kostenrechnung. 168.

d) Armenrecht (§§ 114—127).

§ 115. Die Bestellung als Armenanwalt begründet noch nicht den Zustellungszwang. 61.

C. Verfahren.

a) Mündliche Verhandlung (§§ 128—165).

b) Zustellungen (§§ 166—213).

c) Folgen der Versäumung (§§ 230—238).

d) Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (§§ 239—252).

2. Verfahren in I. Instanz.

A. Verfahren vor den Landgerichten.

a) Verfahren bis zum Urteil (§§ 253—299).

3. Rechtsmittel.

A. Berufung (§§ 511—544).

B. Revision (§§ 545—566).

C. Beschwerde (§§ 567—577).

§ 567. Zulässigkeit der Beschwerde eines Prozeßunfähigen. 41.

§ 568. Fassung des Offenbarungseides für den gesetzlichen Vertreter eines zur Herausgabe einer Sache verurteilten Minderjährigen. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde. 87.

4. Urkunden- und Wechselprozeß (§§ 592—605).

§ 592. 595. Aussetzung der Verhandlung im Urkundenprozeß? 230.

5. Ehe- und Entmündigungssachen (§§ 606—639).

§ 606. Ehescheidung schwedischer Staatsangehöriger. 192. — Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Unterhaltsregelung nach § 627 ZPO. zwischen rumänischen Ehegatten. 233.

§ 614 ff. Auch in Ehesachen bedarf es für die Zulässigkeit der Berufung einer Beschwerung des Berufungsklägers. 106.

§ 627. Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Unterhaltsregelung zwischen rumänischen Ehegatten. 233.

6. Zwangsvollstreckung.

A. Allgemeine Bestimmungen (§§ 704—802).

§ 710. Anspruch des Sicherheit leistenden Gläubigers auf Ersatz des durch die Hinterlegung entstehenden Zinsverlustes; mitwirkendes Verschulden bei Hinterlegung in bar statt in Wertpapieren. 212.

§ 739. Der Leistungsanspruch gegen die Frau und der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Mann sind verschiedenartige Ansprüche. 23.

§ 757. Vollstr.-Gegenklage, solange der Gläubiger sich nicht bezüglich der empfangenen Teilzahlungen für befriedigt erklärt hat. 64.

§ 767. Vollstr.-Gegenklage solange der Gläubiger sich nicht bezüglich der empfangenen Teilzahlungen für befriedigt erklärt hat. 64.

§ 775². Wirksamkeit der Anordnung aus § 775 Nr. 2 ZPO. 171.

§ 788. Begriff der Zwangsvollstreckungskosten. 234.

7. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

a) In das bewegliche Vermögen (§§ 803—863).

§ 807. Umfang der Pflicht zur Vermögensangabe beim Offenbarungseid. Verpflichtung zur erneuten Leistung dieses Eides, wenn das frühere Vermögensverzeichnis den gesetzlichen Vorschriften nicht genügt hat. 190.

§ 811⁵. Maschinen können für einen Handwerker nach § 811 Nr. 5 ZPO. unentbehrlich sein. 148.

§ 828 ff. Das Pfändungspfandrecht kann nicht wegen schlechten Glaubens des pfändenden Gerichtsvollziehers angefochten werden. 88.

§ 851. Der Anspruch auf einen Gesellschaftsbeitrag ist weder übertragbar noch pfändbar. 10.

§ 859. Der Anspruch auf einen Gesellschaftsbeitrag ist weder übertragbar noch pfändbar. 10.

§ 863. Unpfändbarkeit der Nutzungen eines nach § 2338 BGB. beschränkten Pflichtteils. 107.

b) In das unbewegliche Vermögen (§§ 864—871).

§ 869. ZVG. 154. Rechtliches Interesse des betreibenden Gläubigers zur Nebenintervention zugunsten des verklagten Zwangsverwalters. 59. — Der Zuschlag in der

III. Konkursverfahren.

1. Konkursrecht (§§ 1—70).

Übersicht
der Entscheidungen nach den Gerichtshöfen.

Berichtigungen.

Bd. 73 S. 258 Z. 4 v. o. statt 1916: 1918.
Bd. 73 S. 340 Z. 11 v. u. statt 1912: 1918.

Anhang.

Verzeichnis der Entscheidungen, die sowohl in den „Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen“ als in Seufferts Archiv veröffentlicht sind.

31. Fortsetzung zum Anhang in Bd. 42; vgl. Gen.-Verz. Bd. 58.

Entsch. des RG. Nr.	Entsch. des RG. Seite	Seufferts Archiv Bd.	Seufferts Archiv Nr.
Bd. 89.			
9	42	73	61
Bd. 90.			
7	23	"	46
10	35	"	27
15	68	"	31
18	81	"	45
36	154	"	4
43	172	"	62
49	193	"	88
83	323	"	79
85	328	"	69
107	423	"	66
Bd. 91.			
17	51	"	99
25	90	"	78
37	139	"	110
56	232	"	76
65	266	73	52
68	277	"	68
71	287	"	134
76	305	"	98
86	339	"	90
Bd. 92.			
1	1	"	139
52	227	"	191
56	238	"	222
65	268	"	201
79	310	"	208
87	345	"	182
94	369	"	153
96	376	"	169
Bd. 93.			
2	3	"	206
6	17	"	175
16	47	"	221
45	142	"	219





